١٢١١

٧٧ كتاب فقه

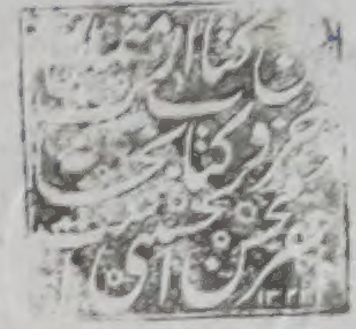
فهرست ما في هذا المجلد من الكتب

اسم کتاب كتاب ... جواهر الكلام ٧٦
مصنف شيخ محمد حسن نجفی
مؤلف
خطی نسخ ۲۵ سطری
چاپی
سال چاپ یا تحریر ۱۲۵۳ ق عدد اوراق ۲۱۰
جزء کتب فقه شماره
شمارهٔ عمومی ۱۰۰۷۳ شماره قبض
واقف دکتر شمس الدین جزایری تاریخ وقف ۱۳۴۸
طول ۲۶ عرض ۱۴ گنجه

فهرست ما في هذا المجلد من الكتب

كتاب الضمان	كتاب الصلح	كتاب الشركة	كتاب المضاربة





بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الضمان

الذي هو عندنا على ما اعترف به غير واحد منا مشتق من الضمن لانه ينقل ما كان في ذمته من المال ويجعله في ضمن ذمة اخرى او لان ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه اصلية خلافا لما من اكثر العامة من انه غير ناقل وانما يفيد الاشتراك الذي يتحقق اشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة وفيه ما لا يخفى من منافاة وجود النون في جميع تصاريفه الا بدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالي عنها وهي كما ترى ومن صعوبة تحققه في نحو ضمان النفس وظهور قوله عم الزعيم غارم في اختصاص الغرم به ولغير ذلك مما هو في مذهب الخصم بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتين فصاعدا بمال واحد وقد بيّنا ان المشغول به في تعاقب الايدي على المغصوب ذمة واحد وهو من تلف في يده المال مثلا وان جاز له الرجوع على كل واحد الا فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا واما الثمرات على القولين فهي واضحة منها صحة الدور فيه على مذهبنا كان يضمن الاصيل ضامنه او ضامن ضامنه دون مذهبهم والتسلسل كان يضمن لجنبي الضامن وهكذا التحقق لشرائطه عندنا فيرجع حج

تحقيق معنى الضمان لغة وشرعا

كل ضامن مع الاذن بما اداه على مضمونه لا على الاصيل وفي الاول يسقط الضمان ويرجع الحق كما كان نعم يترتب عليه احكامه كظهور اعسار الاصيل الذي صار ضامنا ولا خلاف في شيء من ذلك بيننا الا ما يحكى عن ط من منع الاول لاستلزامه صيرورة الفرع اصلا وبالعكس لعدم الفائدة ورد بان الاول غير صالح للمانعية والثاني بذلك وبما سمعته من الفائدة وعلى كل حال فهو بالمعنى الاعم الشامل له بالمعنى الاخص والحوالة والكفالة ولو على جهة المجاز عقد شرع للتعهد بمال او نفس او اثر العقد او غيرهما على حسب ما عرفت البحث عما فيه في كتاب البيع والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فههنا ثلثة اقسام التعهد بالنفس وهو الكفالة والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الاخص الذي يدخل فيه ضمان الاعيان بناء عليه وممن عليه له مال وهو الحوالة ولكن سيأتي صحة الحوالة على البريء الا ان هذا التقسيم جار على محل الوفاق او باعتبار هذا القسم من الحوالة وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا وحوالة يسهل معه الخطب بل الامر كله سهل وعلى كل حال فالاول ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال وهو المسمى بالضمان بقول مطلق الذي هو المعنى الحقيقي المتبادر عند الاطلاق وما تقدم سابقا من تقسيم الضمان الى الثلثة لا ينافي ذلك اذ يمكن ان يكون بحسب المعنى المجازي بالعارض وان كان هو في الاصل المعنى الحقيقي الا انه قد يهجر او انه على جهة الاشتراك اللفظي بين العام والخاص والاشتهار احد قرائن تعيين الثاني عند الاطلاق وانه باق على الاشتراك المعنوي الا ان الاشتهار قرينة على ارادة تعيين الاخص عند الاطلاق انه حقيقة ابطا بالنسبة الى مطلق الضمان وان كان اي الحوالة والكفالة

ينقسم على ثلاثة

القسم الاول

بيان معنى الضمان المطلق الذي هو المعنى الحقيقي

يشتمل على ثلثة ابحاث

مجازين بالنسبة اليه بالمعنى الاخص نحو ما قيل في تقسيم مطلق الماء الى المضاف والمطلق وان كان الاول مجازا بالنسبة الى الماء المطلق وفيه ما لا يخفى ان لم يرجع الى ما ذكرنا بيان لما لا يخفى من منافاة للاصطلاح وكونه فردا حقيقيا للمعنى المجازي لا يقتضي اطلاقه عليه حقيقة كما هو واضح ومطلق الضمان انما هو مفهوم لا لفظ خاص والطلاق في لفظ الضمان عند الاطلاق ولعله لذا قال بعد ذكر سمعت وفيه بحث وعلى كل حال فيه بحوث ثلثه اذ البحث في الصيغه وفي اعتبار لفظ خاص فيها وعدمه قد تقدم البحث فيه في الكتب السابقه

البحث الاول

وبأتي انشاء الله بعض الكلام فيه الاول في الضامن ولا بد ان يكون مكلفا لا مر غير ممنوع من سلب عبارة غيره بل لا بد ان يكون مع ذلك جائز التصرف الشامل للمقام وح فلا اشكال في انه لا يصح ضمان الصبي والمجنون ولو مع اذن الولي ولو ضمن المملوك لم يصح الا باذن مولاه وفاقا لجماعة منهم الشيخ والفاضل في بعض كتبه والشهيد والكركي على ما حكي عن بعضهم لا لما ذكر في جملة من الكتب مما لا حاصل له بل لما في الآية من عدم قدرته على شيء المستدل بها في كثير من النصوص على منعه من تصرف غيرا المالك فضلا عنه فيعلم منها مضافا الى ظهور اللفظ في نفسه عدم اختصاص النفي بالمالك بل ذلك هو الاصل فيه الا ما خرج وما ثبت في ذمته قهرا عن عوض اتلاف ونحوه لا ينافي ذلك ضرورة عدم كون ذلك من قدرته وانما هو من جعل الشارع ولا اقل من الشك لذلك في تناول العمومات لمثله فيبقى اصل بقاء الحق على حاله خلافا للمحكي من كره والمختلف فيصح للعمومات السالمة عن معارضة الملكية المقتضية للمنع من التصرف المنافي لحق المولى ضرورة انه على الصحة يتبع به بعد العتق وهو غير مناف لشيء من حقوق السيد وفيه ان نفي القدرة

بيان عدم صحة ضمان المملوك الا باذن مولاه

القدرة

٣

القدرة على شيء اعم من ذلك نعم اذا اذن له مولاه صح عندنا في محكي ط بل قولا واحد في محكي كره للعمومات بعد معلومية وجود الذمة له القابلة لذلك بدليل ثبوت عوض ما اتلفه من المال فيها انما الكلام في تعلق ذلك مع الاطلاق بكسبه كما عن احد قولي الشافعيه بل ارسل القول به في جملة من كتب اصحابنا وان كنا لم نتحققه او في ذمته ويتبع به بعد العتق كما هو مقتضى قول المص ويثبت ما يضمنه في ذمته لا في كسبه الا ان يشترطه في الضمان باذن مولاه بل هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه والشهيد في اللمعة او يكون على المولى كما لو اذن له في الاستدانه لمصالح نفسه اذ الضمان قسم منها كما عن ابي علي بل مال اليه في جامع المقاصد وللك بل زاد الاول منهم انه اذا كان السيد معسرا بيع العبد واديت في كفالته عن الحر مع ان العبد لا يباع في الدين او يتعلق برقبته مثل ارش الجنايه كما عن بعض الشافعية بل في المحكي عن نسختين من التحرير ذلك الا ان الظ ارادة ذمة منهما لعدم الدليل على ذلك بعد حرمة القياس عندنا ومعلومية كون الضمان نقل الدين من ذمة الى ذمة فكما انه لا يخفى عليك ما في سابقه ضرورة كون البحث في الاذن من السيد بالضمان على ان يكون الدين في ذمة العبد لا انه وكيل عنه في ذلك او كالوكيل على انه فرق واضح بين اطلاق الاذن في المقام وبينه في الاستدانه المقتضية ملك لعين المستدانه على ان يملك صاحبها مثلها او قيمتها في ذمة المستدين والعبد لا قابلية له لذلك لما حررناه من عدم ملكه لشيء فلا وجه لاطلاق الاستدانة الا على السيد ح بخلاف المقام الذي لا ملك فيه فما في لك وغيره من بناء الحكم هنا على الحكم هناك الذي لم يخالف في كونه على المولى الا النادر في غير محله قطعا فليس الشك ح الا في القولين الاولين والاول منهما وان كان لم نعرف القائل به من الاصحاب الا

فيه بيان ثبوت ضمان العبد في ذمته لا في كسبه

الا انه لا يخلو من قوة ان كان المراد به عدم جواز منع السيد اذا اراد
وفاء ذلك من كسبه باعتبار حصول الاذن منه في اثبات ذلك
في ذمته فيتعلق به حينئذ خطاب وفاء الدين كما انه يتعلق به خطاب
مطالبة الديان اما لاستفادة الاذن عرفاً في ذلك من الاذن
في الضمان او لترجيح ادلة وفاء الدين والمطالبة به على ما دل به
على تسلط السيد على عبده باعتبار حصول الاذن منه المقتضية
لزوال الحجر عنه وصيرورته بها كالحر المعسر مثل الذي يجب عليه
التكسب في وفاء دينه اذ لا يمنع من ذلك لو اراده ومن ذلك يظهر
لك ما في جملة من الكلمات المذكورة في ذلك وغيرها حتى ما ذكر
دليلاً للمصنف من ان الاذن في الضمان اعم من الاذن في الوفاء من كسبه
الذي هو احد اموال السيد بل اقصاها صيرورة ذمة العبد
قابلة لثبوت ذلك فيها انه حينئذ مع تصريح المولى بذلك اما مع
الاطلاق فالمفهوم عرفاً تبعية خطاب الوفاء والمطالبة لها على
الوجه الذي سمعته بل قد بينا انه له في بحث الحج له بثبوت
الكفارة عليه بالاذن له في الاحرام وحرمة قطع الصلوة عليه
بالاذن له بالدخول فيها ونحو ذلك مما يتبعه الحكم الشرعي بعد الاذن
من السيد في موضوعه وعنوانه هذا كله مع الاطلاق اما مع
الاشتراط فلا اشكال بين من تعرض لذلك في صحته حينئذ وتعلقه
ويكون كما لو شرط الضمان من مال بعينه الذي اشار اليه المصنف
بقوله وكذا لو شرط ان يكون الضمان من مال معين وان كان لا يخفى
عليك الفرق بين الموضعين ضرورة كون الثاني اشتراطاً لكون
الضمان في مال معين من اموال الضامن الضامن وستسمع تحقيق
الحال بخلاف المقام فان الكسب ليس من اموال العبد والغرض ان
الضمان في ذمته فهو حينئذ نحو الضمان في مال الغير باذن الغير
وقد يستشكل في صحته اللهم الا ان يجعل كارهان مال الغير باذنه

تحقيق في اشتراط الضمان من مال معين

على ان الكسب

٤

على ان الكسب ليس مالاً موجوداً في الخارج وانما هو متجدد اناً
فاناً ويمكن عدم حصوله اصلاً فلا وجه حينئذ لجعل هذا الشرط على
ارادة الاذن من السيد في وفاء ما ضمنه من كسبه ورفع
الحجر عنه في ذلك وحينئذ فلو اعتق العبد قبل امكان تجدد شيء
من الكسب لم يمكن اشكال في بقاء الحق عليه اداؤه من كسبه
او غيره من اهل المال الذي يحصل له لكن في المسالك هل يبقى التعلق
به بعد العتق ام يبطل الضمان لفوات المحل المعين لا دار يملك
لانصراف الاطلاق الى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات
الظاهر من كلامهم الاول فان ذلك هو معنى فاذا اعتق صار
كسبه وما في يده سواء ومع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع
كسباً وان اطلق عليه لغة لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه حال
عبوديته لان السيد لا حق له فيه فلا مدخل لا ذنه فيه والعبد
لم يكن حين الضمان يقدر على شيء الا ان يقال بصحة ضمانه بغير
اذن سيده كما مر هنا اولى قلت ما استظهره من كلامهم كلك
وهو دليل على ارادة ما ذكرناه من الشرط المزبور لانه من قبيل
الضمان في مال معين بعينه والا لا يتجه فيه ما تسمعه من الكلام
في ذلك ثم قال ويتفرع على ذلك ما لو مات العبد قبل امكان الاداء
فهل يلزم المولى الاداء لما بقي يحتمله لان اذنه له في الضمان في كسبه
كاذنه في الضمان في مال بعينه من امواله فاذا تلف المال بعود
الضمان الى ذمة صاحبها على الخلاف ولو قلنا بعدم عوده
اليه فلا اشكال ويحتمل عدم لزومه للمولى وان قلنا به ثمة لان الكسب
ليس كمحض مال السيد بل حق له ولهذا قيل لو اعتق بقي متعلقاً بكسب
المعتق فدل على انه لم يتعلق بالمولى محضاً وليس في كلام الاصحاب
هنا ما يدل على شيء وان كان الاوجه ابتناؤه على مسألة تعيين
الاداء من مال بعينه وهو من غرائب الكلام اذ المفروض ان العبد

تفريع على المسألة السابعة

هو الضامن لا المولى فاي وجه لاحتمال عود الضمان الى المولى بموت العبد بل ولما ذكره من الكلام نعم يتوجه ضياع المال على صاحبه الا اذا اراد استيفائه من الحقوق نحو الضامن المعسر كما هو واضح ولو فرض المقام على وجه يكون كاشتراط الضمان من مال بعينه لم يكن بدّ من اجراء ما نسمعه فيه ولا معنى حينئذ لدعوى ظهور كلامهم في بقاء التعلّق مع العتق والله اعلم واما الكلام في اشتراط الضمان في مال بعينه فلا اجد فيه خلافا في صحته لعموم المؤمنون وغيره وتتعلق حق الدين المضمون به لكن في المسالك وغيرها هل هو تعلّق الدين بالرهن او تعلّق الارش بالجاني وجهان فاخرهما ان الضمان ناقل للدين الى ذمة الضامن لان موضوعه انما هو الذمة وتخصيص هذا المال افاد انحصار المطالبة الآن فيه لان مقتضى الضمان ابتداء التعلّق بها وان الضامن لم يشغل ذمته على الاطلاق وانما حصر الاستيفاء في المال المعيّن وجعله متعلق حق المضمون له فينحصر حقه فيه ابتداء من غير تعلّق بالذمة وتظهر الفائدة في امور منها التلف بغير تفريط فعلى الاول ينتقل الى ذمة الضامن لان تلف الرهن لا يسقط الحق وعلى الثاني الى ذمة المضمون عنه لان فوات العبد الجاني انما يسقط الحق عن مالكه ومالك المال هنا هو الضامن فيسقط عنه واما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالا تاما لانه لم يتعلّق بذمه وانما تعلّق بالتعلّق ضعيفا فاذا مات عاد الى ما كان مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين على التقديرين اما من الضامن فلانه لم يقدم على الضمان الا في ذلك المال ولم يلزم الاداء الا بالشرط وقد فات فيبطل الضمان ويعود الى ذمة المضمون عنه واما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلّقه كالجاني فلان الضمان لما كان ناقلا برئت ذمة المضمون عنه بالله بالضمان كيف كان فلم يبق للمضمون له عليه حق ولا الضامن الا

عدم الخلاف في اشتراط الضمان من مال بعينه

الا باذنه ولم يحصل لكن لا يخفى عليك ما في اصل الاحتمال الثاني ضرورة عدم صلاحية الضمان لاثبات مثل هذا التعلّق بعد ان كان هو نقل الدين من ذمة الى اخرى وكذا الشرط الذي بمعنى الالتزام وعلى تقديره فلا وجه لاحتمال عوده الى ذمة المضمون عنه بعد انتقاله عنها الى المال المخصوص وانما المتجه ان يقال ان هذا الشرط اما ان يكون من المضمون له او الضامن او منهما فان كان الاول تخيّر مع تلفه في فسخ الضمان وعوده الى المضمون عنه وعدمه والزام الضامن الاداء من غيره وان كان الثاني تخيّر الضامن وان كان الثالث تخيّر كل منهما على قاعدة فوات الشرط في غير هذا العقد من العقود اللازمة انتهى بناء على ما ذكرناه من عدم مشروعيته بالمعنى المزبور لا معنى له الا اشتراط الاداء من المال المخصوص ويمكن الرجوع عما عن ثم من الرجوع على الضامن مع التلف مطلقا الى ما قلناه بناء على عدم اختياره الفسخ كما ان ما عن الشهيد في بعض فتاواه من اختياره بطلان الضمان كذلك على عدم اختياره الفسخ بل هو اولى مما في المسالك من انه يمكن دفع المنافاة بين التعلّق بالذمة والمال المعيّن مع الحكم بالبطلان على تقدير تلفه بان يجعل التعلّق بالذمة مشروطا بالاداء من المال عملا بمقتضى الشرط او يجعل هذا تعلّقا برأسه خارجا عن التعلّقين اذ لا دليل على الانحصار فيهما وانما هو من مناسبات الشافعية ونحن نجعل التعلّق مخصوصا بالعين وفاء بالشرط فان التزام المال من غير المعيّن لم يتعلّق به قصد الضامن ولا دلّ عليه لفظ اذ هو كما ترى بعد ما ذكرناه مضافا الى المعلومية ان تعذّر الشرط في العقود اللازمة انما يقتضي اشغاله اللزوم لا الصحة والا كان تعليقا كما هو محرّر في محله في التحقيق ما ذكرناه ولا ينافيه دعوى عدم قابلية عقد الضمان للخيار كالنكاح والوقف ونحوهما اذ هي

فيه تحقيق انيق وكلام دقيق

مجرد دعوى لا سند لها بل مقتضى العمومات خلافها وبذلك
كله ظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه من كلامه ومن تبعه بل وفيما
لم نذكره فلاحظ وتامل وح فلا ريب في كمال الصحة الضامن مع
نقصان المال الذي تعلق الضمان به كما انه لا ريب في كونه المطالب
فحوبله الحق لما عرفت من كون المال في ذمته وهو
المخاطب باذائه من هذا المال ومن الغريب احتمال عدم ضمان
النقصان كاحتمال برائة ذمة الضامن والمضمون عنه بتعذر
المال المشترط فيه الضمان المتقدم سابقا انهما منافيان للاصول
والضوابط ثم لا يخفى عليك ان اقتصار المص على المملوك في التفريع
على ما ذكره من جواز التصرف مشعر بجواز الضمان من المفلس بل
والسفيه وانهما ليسا ممنوعين منه بل هما جائز التصرف بالنسبة
اليه وهو كك في المفلس وان كان لا يشارك المضمون له الغرما
اما السفيه فقد اطلق غير واحد عدم جواز ضمانه لانه تصرف
كالمالي كالاقراض والهبة وهو كك لكن ربما احتمل الجواز برضى
المضمون له على ان يتبعه به بعد فك الحجر لكنه كما ترى ضرورة انه
مع الحجر عليه لا تقبل ذمته ذلك على وجه يكون من ديونه بحيث
يتعلق بتركته بعد موته مثلا والالحاز بيعه كك كما هو واضح
والله العالم وكيف كان فلا يشترط علمه اي الضامن باسم المضمون
له ولا المضمون عنه كك ونسبه كما في الخلاف والغنية والتحرير
والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والروضة و
الكفاية والمفاتيح والرياض على ما حكي عن بعضها بل نسبه بعضهم
الى الاكثر بل في محكي التذكرة لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه
عند علمائنا وقيل والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وتبعه القاضي
في المحكي عن مهذبه يشترط علمه بذلك لحصول المعاملة بين
الضامن وبينه فافتقر الى معرفته للحاجة وللغرر والضرر بدون

بيان عدم اشتراط علم الضامن باسم المضمون له والمضمون عنه

بدون ذلك

بدون ذلك وينظر هل يستحق ذلك عليه ام لا ولانه احسان ولا بد
من معرفة محله والا لجاز وضعه في غير اهله فلا يستفيد الا محمدة
التام ولا ريب في ان الاول اشبه باصول المذهب و
قواعده التي منها العمومات السالمة عن معارضتها
يقتضي ذلك ضرورة عدم اقتضاء المعاملة بينهما المعرفة
المزبورة كالبيع والاجارة وغيرهما والنهي عن الغرر المزبور الذي
قد اقدم عليه الضامن والنظر في استحقاق ذلك لو سلمنا اعتباره لا
يقتضي اعتبار المعرفة المزبورة على انه يمكن معلوميته بدونها والاخير
لا يستاهل جوابا كل ذلك مضافا الى المنقول من ضمان امير المؤمنين
عليه السلام عليه الدرهمين عن ميت امتنع رسول الله ص من الصلوة
عليه وضمان قتادة الدينارين عن اخر كك لكن لا بد ان يمتاز
المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه بلا خلاف
واشكال ضرورة عدم العبرة بالقصد الى ضمان المبهم المتردد في الواقع
لعدم الدليل عليه بل ظاهر الادلة خلافه بل لعله من المقطوع به الا
الا انه اشكله في لك بمنع توقف القصد على ذلك فان المعتبر القصد
الى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلا في الذمة
وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين فالدليل انما دل على
اعتبار القصد في العقد لا فيمن كان عليه الدين فلو قال شخص مثلا
اني استحق في ذمة شخص مائة درهم فقال له اخر ضمنتها لك كان
قاصدا الى عقد الضمان عن اي ما كان عليه الدين ولا دليل على اعتبار
ما زاد عن ذلك وفيه انك ما قد عرفت كون المراد الامتياز عند
الضامن على وجه لا يكون مبهما بحيث لا يصح معه العقد الى
الضمان كما لو قال ضمنت للناس ذمة بيت مثلا فلا يرد المثال الذي
ذكره لانه من المختار على وجه يصح للضامن قصده وان لم يكن معلوما
له بعينه نعم لو اراد الضامن الضمان عمن هو متشخص عنده لم يكف

بحث في امتياز المضمون عنه

بذلك قطعاً والى ما ذكرنا يرجع ما عن كرة حيث قال وهل يشترط
معرفة ما يميزه عن غيره الاقرب العدم بل لو قال ضمنت لك كل دين لك الذي
لك على كل من كان من الناس جاز نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف
يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان
عن ايّ من كان فمن الغريب ما في المسالك من دعوى موافقة هذا الكلام
من كرة لما اختاره لما ذكره من وهو عند التامل الصادق عين ما في تلك
واغرب من ذلك ما وقع من بعضهم من انه بناء على اعتبار القبول لفظاً
كما هو عليه الاكثر وان لم يصرحوا به لمكان تصريحهم بانه عقد لازم
اقتضى ذلك تمييزه لا ازيد من ذلك وان لم نعتبره كما يدل عليه وقعة
الميت المديون الذي امتنع النبي من الصلوة عليه حتى ضمنه علي لم يعتبر
عليه بوجه وهذا هو الظاهر من عبارة المص حيث اعتبر رضاه ولم يعتبر
فيه عقداً ولا قبولاً مخصوصاً وله امتيازه هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه
اذ لا يخفى عليك انه لا اشكال في اعتبار القبول فيه لا لانه اشكال في كونه
من العقود ولكن ذلك لا يقتضي المعرفة المزبورة فيصح ضمانه له وان لم
يشخصه وان حصل القبول منه نعم لا بد من الامتياز الذي ذكرناه المقابل
بالابهام ولعل اقتصار المص على ذكره في المضمون عنه للاكتفاء عنه في المضمون
له بذكره سابقا انه من العقود ولا ريب في اقتضائها ذلك قطعاً
في اركانها التي منها المضمون له وبما يذكره الآن من اعتبار رضاه المحتمل
او المضمون او المقطوع ارادة القبول منه المتوقف على التميز المزبور
قطعاً بل لا بد فيه من نظم العقد حينئذ بالاتصال والعربية والماضوية
الصراحة الوضعية بناء على اعتبارها وغير ذلك مما يعتبر في العقد اللازم
وان كان الذي قدمناه التوسعة في لفظ ايجابه وقبوله وانه يكفي كل
ما دل على ذلك على حسب غيره من الخطابات من غير فرق بين الحقيقة
والمجاز والماضوية وغيرها وبذلك كله بان ان الكلام في جميع اطرافه
ان ذكر في الرياض ان فيها اقوالا اربعة وقال وفي العلم بالمضمون عنه

فيه غرائب كلام وقع من بعض الاعلام

والمضمون له بالوصف

٧

والمضمون له بالوصف والنسب كما عن ط او بما يتميز ان به عن الغير
خاصة كما في اللمعة او العدم مطلقا كما عن الخلاف وفي الغنية وهو ظاهر العبارة
وصريح يع والفاضل بما عدا لف ولك وضه او يعتبر معرفة الاول
بما يتميز خاصة دون الثاني كما في لف اقوال اربعة اجودها ا
ثالثها ولا يخفى عليك ما فيه بل وما في مختاره بعد الاحاطة بما ذكرناه
كما انه لا يخفى ما في حكايته عن لف بعد ملاحظة اخر كلامه بل ولا
ما في تحريره الخلاف المزبور على الوجه المذكور بل لولا شهرة حكاية
الخلاف عن ط لامكن حمله بقرينة تعليله على ارادة معلومية الحق
وهو غير ما نحن فيه وكيف كان فلا اشكال ولا اشكال بناء على ما عرفت في
انه يشترط رضا المضمون له في صحة الضمان بل الخلاف معتد به لاجل
فيه بل عن ظاهر التحرير والغنية الاجماع عليه وهو الحجة بعد الاصول المقتضية
في الخروج عنها على الضمان برضى المضمون له وصحيح ابن سنان عن الصادق
في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال اذا رضي به
الغرماء فقد برئت ذمة الميت وفي الفقه المنسوب الى مولانا الرضا
وان كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه
فالميت قد برئ وقد لزم الضامن رده مضافاً الى ما في انتقال الدين من
ذمة المديون الى اخرى بدون رضا الديان من الفساد وضياع حقوق
الناس المعلوم ضرورة من الشريعة خلافه والى ما يشعر به ما سمعه من
خبر عبد الله بن الحسن وغير ذلك فما عساه يظهر مما عرفت من ان
اعتبار رضاه اولى من الخلاف في ذلك واضح الفساد واغرب من ذلك
الاحتجاج له بضمان امير المؤمنين ع وابي قتادة الدين عن الميت
ولم يسئل النبي عن رضا المضمون له الذي بعد الغض عن سند
روايته لا دلالة فيه على ذلك بل لعله دال على خلافه ضرورة
اشتماله على وقوع الضمان الذي هو عبارة عن الايجاب والقبول
من المضمون له والايجاب وخبره بين بضمان فلا حاجة حينئذ

فيه ذكر الاجماع على ما ادعاه سابقاً

باسمه

الى الجواب بانها واقعة لا عموم فيها وبان ذلك انما يتم لعلي عنه
البطلان قبل علمه ورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لا يلزم
الا برضا المضمون له وبان النبي صلى الله عليه وآله فعل لانه اولى بالمؤمنين
من انفسهم وبحصول اذن الفحوى من المضمون له وبغير ذلك
مما لا يخفى ما فيه بعد معلومية امتناع النبي صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه من
جهة شغل ذمته وانها برئت بالضمان فصلى والضمان الفضولي
لا يفيده برائة فعلية وان ولاية النبي صلى الله عليه وآله في غير قبول العقود و
الفحوى لا تكفي في تحقق البرائة فعلا كما التحقيق في الجواب
ما عرفت واغرب من ذلك الاستدلال له بموثق اسحق بن
ابن عمار عن ابي عبد الله في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت (فيه ذكر اغرب الاستدلال)
فيقول وليه علي دينك قال يبرئه ذلك وان لم يوفه بعد وفعه
وليه من بعده وانما اثمه على الذي يحبسه الذي هو مطلق محمول
على المقيد وبموثق الحسن ابن الجهم سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل
هلك وله علي دين وخلف ولدا ونساء وصبيانا فجاء رجل منهم
فقال انت في حل مما لاخوتي واخواتي وانا ضامن لرضاهم
عنك قال تكون في سعة من ذلك وحل قلت وان لم يعطهم قال
ذلك في عنقه قلت فان رجع الورثة علي فقالوا اعطنا حقنا
فقال لهم في الحكم الظاهر فاما بينك وبين الله ثم فانت في حل
منها اذا كان الرجل الذي احلك يضمن رضاهم قلت فما تقول
في الصبي لامه ان تحلل قال نعم اذا كان لها ما ترضيه وتعطيه
قلت فان لم يكن لها مال قال فلا قلت فقد سمعتك تقول
انه يجوز تحليلها فقال انما اعني بذلك اذا كان لها مال
وصحيح حبيب الخثعمي عن ابي عبد الله قلت له الرجل يكون عنده
المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال لا يأخذ
الا ان يكون له وفاء قال قلت ارأيت ان وجد من يضمنه

ولم يكن له وفاء

ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه
قال نعم الذي لا يخفى عليك مخالفة ظاهر الاول للاجماع باعتبار
اشتماله على الابراء من دون اذنه وانما ضمن رضاهم وهو ليس من الضمان
المصطلح وتاويله بالضمان من دون رضاهم ليس باولى من ضمانه برضاهم
ولكن لا بينة له على ذلك فكان في الحكم الظاهر لهم مطالبته مع انكارهم
لذلك واما الثاني فليس دلالة الا على جواز الاخذ من الوديعة اذا لم يكن
له مال وكان قد تعهد له شخص بوفاء ذلك عنه ولا ريب انه خارج عما نحن فيه
ومحمول على اذن المودع بذلك فمن الغريب وسوسة بعض متاخري المتاخرين في الحكم
المزبور لذلك مما هو غير صالح لمعارضة بعض ما عرفت خصوصا بعد كون
المسئلة من قطعيات الفقه وضرورياته بل لعل الوسوسة فيها جهل بمذاق الفن (بيان كون المسئلة من قطعيات الفقه وضرورياته)
ومذاق الشرع بل قد عرفت انه لا بد من رضا المضمون له بعنوان القبول الذي
يتم به العقد لما عرفت من الغرر وغيره من كون الضمان عقدا لا الايجاب والقبول
بل لا بد فيهما من جميع ما هو معتبر في العقود اللازمة من الاتصال والعربية و
غيرهما نعم يقوى عندنا فيه وفي غيره من العقود اللازمة عدم اعتبار لفظ
مخصوص ولا هيئة مخصوصة بل كل ما افاد انشاء ذلك ولو بالجملة الاسمية او
بالمجاز او نحو ذلك كما اوضحناه بالبيع وغيره ومنه يعلم تحقق عقد الضمان
بنحو علي دين زيد او عندي او نحوهما مما يقصد به انشاء التعهد بذلك
وقرنه القبول من المضمون له فاحتمال الايضاح والمقداد الاكتفاء بالرضا من اعتبار
دون القبول كالعقد لانه التزام واعانة للمضمون عنه وتوثق للمضمون له
والبرهن على قواعد العامة واضح الضعف كقوله في القواعد وفي اشتراط
قبوله احتمال اذ الجميع كما ترى ضرورة عدم منافاة التوثق ونحوه للعقدية اذ هو
حينئذ كالرهن بل اولى لما فيه من انتقال المال من ذمة الى ذمة اخرى على ان الاصل
عدم ترتب شيء عليه اذا لم يكن بصورة العقد نعم لا عبرة برضا المضمون عنه بلا
خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه لان الضمان كالقضاء للدين المعلوم صحته
اعتبار الرضا فيه ولا طلاق الادلة وعمومها ولما سمعته من واقعة ضمان امير

الكلام في الابراء

وغيره من البيت بل لو انكر وابى بعد الضمان لم يبطل على الاصح للاصل وغيره من الادلة
التي سمعتها خلافًا للنهاية قال ومتى تبرع الضامن من غير مسئلة المضمون
عنه وقبل المضمون له فقد برئ المضمون عنه الا ان ينكر ذلك ويأباه فيبطل
ضمان المتبرع ويكون الحق على اصله لم ينتقل عنه بالضمان وتبعه عليه غيره
لكن لم نعرف له دليلًا بل ظاهر الادلة خلافه وانه لا عبرة برضاه ولا رده واباؤه
مانع سواء كان ذلك قبل الضمان او بعده ومما سمعته من النهاية يعلم ارادة
ما قررناه من الانكار في عبارة المتن لا جحود ضمان الضامن الذي قد يوهمه
اعترافه بالضمان على انه لا وجه لاحتمال بطلان الضمان بذلك الانكار كيف
كان فمع تحقق الضمان الجامع لشرائط العقد ينتقل المال الى ذمة الضامن ويبرأ
المضمون عنه وح تسقط المطالبة من المضمون له عنه لعدم الحق له في ذمته بلا
خلاف في شيء من ذلك عندنا ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه بل لعله
من ضروريات الفقه نعم قد عرفت مخالفة الجمهور في ذلك باعتبار ان
الضمان ضم ذمة الى ذمة لا نقل وبطلانه وح فلو ابرأ المضمون له المضمون
عنه لم يبرأ الضامن من هذه الحيثية على قول مشهور لنا بل مجمع عليه بيننا
ضرورة عدم المحل للبراءة المزبورة بعد ما عرفت من برائة ذمته بالضمان
عندنا وانما محلها ح ذمة الضامن فاذا ابراه برئا معًا وان كان الضمان
بالاذن لعدم استحقاق الرجوع عليه الا بالاداء الذي قد انتفى محله بالابراء
فينتفي الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا برائة ذمته من المضمون له نعم
قد يتوهم باستفادة ذمة الضامن من برائة ذمة المضمون عنه وان لم يكن
لها محل باعتبار ظهور ذلك في ارادة رفع اليد عن هو عليه وان كان متعلقًا
متعلقها المضمون عنه الا ان ذلك لو سلم فهو خروج عما نحن فيه ضرورة كون
المراد من الحيثية المزبورة لا من حيث دعوى دلالة العرف على ارادة البرائة
للضامن ايضًا مع انها واضحة المنع على مدعيها مع عدم القرائن وكل ذلك
تفريع على مذهبنا اما على مذهب الجمهور فلا اشكال في صحة البرائة المزبورة
لان الحق باق عندهم بل المحكي عنهم ان برائة الضامن لا يقتضي برائة

ذمة المضمون عنه

بحث في ظهور ...

ذمة المضمون عنه بخلاف العكس لانها من قبيل الوثيقة عند الدين فانتفاؤها
لا يقتضي سقوط الحق بخلاف برائة ذمة المضمون عنه فانها تقتضي برائة
ذمة الضامن التي هي وثيقة على ذمة المضمون عنه المفروض برائتها فتنفك في الوثيقة وهي
كما ترى قياس واستحسان وتحديد لا يوافق اصول الشريعة وقواعدها ولعل
قول المص على قول مشهور لنا اشارة الى ما ذكرناه من الاحتمال لا لوجود
خلاف في المسئلة اذ قد عرفت انها من قطعيات فقه الشيعة اوضح الله
العلم وكيف كان فلا خلاف عندنا في انه يشترط في لزومه اي الضمان الملائة
او العلم من المضمون له بالاعسار والرضا به بل ظاهر الغنية الاجماع والتذكرة
نسبته الى اصحابنا وجامع المقاصد ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق و
لعل ذلك مضافًا الى قاعدة الضرر وبناء الضمان على الارتفاق وارادة الاداء
وما عسى ان يشعر به ذيل خبر ابن الجهم المتقدم وغيره من النصوص في الحوالة
الدالة على ذلك فيها اخت الضمان دليل الحكم المزبور وح فاذا كان الضامن
مليًا او معلوم الاعسار عند المضمون له لزم الضمان بلا اشكال ولا خلاف
اما لو ضمن ثم بان اعساره كان للمضمون فسخ الضمان والعود على المضمون عنه
قيل وليس هو كالبيع الى اجل مثلًا فبان اعساره للفرق الواضح بينهما بالنسبة
الى الاداء لكن ذلك اذا كان معسرًا حال الضمان اما اذا تجدد فلا خيار
لاصالة اللزوم بل قد يقوى عدم الخيار ايضًا لو كان معسرًا حال الضمان ولم
يعلم به الضامن حتى تجدد يساره للاصل ايضًا ولا ينافي الخيار المزبور سبق
رضى المضمون له بضمانه حال عدم العلم باعساره كما انه لا فرق في ثبوته بين
اعسار المضمون عنه وعدمه لاطلاق الفتوى المعتضد بظهور
عدم الخيار مع الملائة وان لم يكن ناقضًا بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك
من وجوه الضرر او تعذر الاستيفاء ولكنه لا يخلو من نظر بل ظاهرهم ان
الاعسار كان في ثبوت الخيار المزبور وان كان الضمان مؤجلًا وان الاعسار
حين الضمان كاف في لزومه وان اعسر عند الاجل كل ذلك مع عدم العلم به
كما عرفت والا مع العلم به او الرضا به على كل حال فلا اشكال وقد اضطرب الله

ابن الحسن فاجتمع عليه غرمائه وطالبوه بدين لهم فقال لهم لا مال عندي
فاعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من ابني عمي علي بن الحسين او عبد الله بن جعفر
فقال الغرماء اما عبد الله بن جعفر ملي مطول وعلي بن الحسين رجل لا مال
له صدوق وهو احبهما الينا فارسل اليه فاخبره الخبر فقال اضمن لكم
المال الى غلة ولم تكن له غلة تحملا فقال القوم قد رضينا فضمنه فلما اتت الغلة
اتاح الله له المال فاداه ثم ان هذا الخيار على الفور او التراخي وجهان ذكرناهما
في نظائره وقلنا ان الاصل يقتضي الثاني منهما كما اعترف به غير واحد

بحث في الضمان المؤجل

وكيف كان فالضمان المؤجل للدين الحال جائز بلا خلاف اجده كما اعترف
به بعضهم بل اجماعا كما في المسالك ومحكي التنقيح وايضاح النافع وغيرها
للعمومات السالمة عن المعارض اذ هو تاجيل للدين لا تعليق الضمان الى الاجل
واحتمال كون الضمان نقل الدين على ما هو عليه بحيث لا يختلف في حلول
وتاجيل لا قائل به ولا شاهد عليه بل مقتضى العمومات خلافه نعم هل يكون
هذا الاجل للدين او هو اجل للضمان وتظهر الثمرة فيما لو ادى الضامن قبل
الاجل فانه لا يستحق الرجوع على الاول بخلاف الثاني الذي لا يخلو من
قوة بل هو صريح المسالك وغيرها في المسائل الآتية واما ضمانه للدين المؤجل
بازيد من اجله او مساويه او انقص فلا اجد فيه خلافا محققا كما
هو ظاهر المتن انه من معقد الاجماع بل يمكن دعوى الاجماع عليه مضافا
الى انه بل عن فخر الاسلام ان ضمان المؤجل بمثل اجله يصح اجماعا وعن التنقيح
وايضاح النافع ان ضمان المؤجل بمثل اجله او بازيد من اجله يصح اجماعا
مضافا الى انه مقتضى العمومات نعم ربما ظهر من تعليل المنع في المسألة الآتية
المنع في الثاني باعتبار عدم الارفاق فيه كما انه يستفاد المنع فيما لو كان
في المسألة الآتية المنع في الثاني باعتبار عدم الارفاق فيه كما يستفاد المنع
فيما لو كان الاجل انقص مما استعمله من تعليل فخر الاسلام والكركي المنع في الصورة
الآتية بانه ضمان ما لم يجب الا ان الجميع ستعرف ضعفه على انه لا معنى لاثبات
الخلاف من امثال هذه التعليلات التي تذكر ابدا للمخالف من غيره ومنه

لما

بحث في الحال

يعلم الجواز هنا في جميع صور المقام من غير فرق بين الضمان بالاذن والتبرع وفي الضمان الحال تردد
وبذلك نعرف ما في محكي المقنعة والنهاية انه لا يصح ضمان نفس او مال الا باجل وفي محكي الوسيلة
انما يصح الضمان بتعيين اجل المال وعد في محكي الغنية من شروط صحته ان يكون الى
اجل معلوم ثم عد شرطين آخرين وادعى الاجماع وظاهر هذه العبارات اعتبار الاجل
في الضمان على نحو اعتباره في السلم وهو الذي اشار اليه في المتن بقوله تردد
ولكن اظهره الجواز وفاقا للغير من عرفت من الاصحاب حتى من الشيخ في المحكي
عن ط للعمومات السالمة عن معارضة ما يقتضي اعتبار الاجل فيه كالسلم والاجماع
الغنية بناء على شموله للفرض مع عدم الشاهد له وصيرورة من عرفت من الاصحاب
الى خلافه يضعف الظن به بل المحكي عنه وقد يوجد في بعض الكتب لاصحابنا لا
يصح ضمان مال ولا نفس الا باجل والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والاجل فلا
بد من ذلك ولا يصح الا باجل محروس فاما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من
دون اجل وكذا اذا اطلقا العقد والى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه وهو
الحق اليقين لانه لا يمنع منه مانع ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم نجده
ومقتضى ذلك خروج المسألة عن الخلاف اذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل
فيها ذلك بعد العثور على دليل يدل على اعتبار الاجل فيه على نحو اعتباره في السلم حتى
يكون وجه الخلاف في المسألة اعتبار الاجل في الضمان وعدمه وهذا هو الظاهر
من العبارة من غير مدخلية لحلول الدين واجله فالمؤجل جائز اجماعا من هذه
الجهة سواء كان الدين حالا او مؤجلا ومن الغريب ما في المسالك حيث انه بعد
ان ذكر الصور الاثني عشر المتصورة في المقام التي هي الضمان حالا او مؤجلا من

بيان صور ضمان الحال

حال او مؤجل متساويين في الاجل او متفاوتين فهذه ست وهي اما ان تكون
عن تبرع او سؤال المضمون عنه فيكون اثني عشر قال وكلها جائزة على الاقوى
الا ان موضع الخلاف فيها غير محرر اذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور
وان التعليل للمنع بالارفاق في المختلف وغيره ولا ينبغي ان يتصيد منه خلاف
في المسألة نعم في ضمان المؤجل حالا او انقص من اجله خلاف من بعض المتأخرين
كالفخر والكركي بل ستسمع التردد فيه من المصنف في المسألة الثامنة لانه ضمان

مالم يجب ولان الفرع لا يرجح على الاصل ولان مشروعية الضمان على نقل الدين
على ما هو عليه وفيه ان المضمون المال والاجل انما هو من التوابع والحقوق
مع الرضا باسقاطه من الطرفين يسقط ويلزم سقوطه اذا كان نفعه ا
لازم وهو واجب غايته انه موسع وذلك لا يخرجه عن اصل الوجوب
خصوصا بعد التراضي باسقاط حق الاجل الذي هو كما يثبت للحال
بعقد يسقط ايضا عن المؤجل به وقاعدة عدم رجحان الفرع على اصله
لا دليل على وجه يجري في المقام كدعوى ان مشروعية الضمان على
على نقل الحق بوصفه الى ذمة الضامن والحلول صفة مغيرة له فلا
يشرع فيه الضمان ونفرق بين ضمان الحال مؤجلا وبالعكس لعدم تشخص
الحال بالحلول الذي هو عدم الاجل بخلاف العكس انتهى كما ترى لا حاصل
لها ومرجعها معا الى شرطية عقد الضمان مندرج تحت المؤمنون ونحوه او
غيرها من غير فرق بين ما اقتضائه تاجيل الحال وبالعكس وبذلك ا
كله ظهر لك التحقيق في المسألة وتحرير موضع الخلاف فيها وانما ا
احتمال المنع في ضمان الحال حالا مؤجلا والمؤجل بمثل اجله او انقص
كما نشأ من تعليل المنع للضمان الحال في المختلف بالارفاق فليس خلافا
في المسألة وعلى تقديره فهو واضح الضعف ضرورة عدم ثبوت اعتبار
الارفاق فيه على وجه يقتضي ذلك خصوصا بعد عدم انحصار
الفائدة فيه بذلك كما هو واضح بقي الكلام في انه لو ضمن المؤجل حالا
او انقص باذن المضمون عنه كذلك او مطلقا فهل يكون الدين على المضمون
المضمون عنه كذلك او فرق بين الاطلاق والتصريح فيحل تاجيله بالثاني
لا الاول ولا رجوع للضامن عليه وان ادى الا بعد انقضاء الاجل
الاصلي للدين وجوه بل اقوال ثاني الشهيدين والفاضل في المحكي
عن مختلفه وظاهر تحريره بل قيل انه الذي استقر رأيه عليه في
التذكرة على الاخير منها لعدم المقتضي لسقوطه اذ الاذن للضامن
بالضمان حالا فضلا عن الاطلاق اعم من ذلك بل اقتضائها

بيان ضمان الحال حالا والمؤجل مثله

الحلول

الحلول بالنسبة الى ذمة الضامن دون ما في ذمته للضامن وفي محكي
التنقيح الاول لان الضمان في حكم الاداء ومتى اذن المديون لغيره في قضاء
دينه معجلا فقضاه استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لا
لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن واما مع الاطلاق فلانا وله التعجيل
الذي قد عرفت اقتضائه ذلك دعوى ظاهر بعض المتاخرين الثاني ولعله
الاقوى ضرورة عدم اقتضاء الاذن في الاطلاق التعجيل فلا دلالة فيه عليه
فيكون كالمتبرع به ولعله لذا جزم بعضهم بعدم الرجوع في الاطلاق وجعل
الاشكال في التصريح بل هو المحكي عن التذكرة نعم لو فرض ارادة ذلك منه ولو بالقرائن
اتجه الرجوع عليه به كالتصريح بالنسبة الى ذا التعجيل لعله لذا جزم في محكي الايضاح
بالرجوع مع التصريح وجعل الاشكال في الاطلاق من احتمال اقتضائه الاذن في
التعجيل وعدمه وقد عرفت عدم اقتضائه كما انك قد عرفت عدم الاشكال
في الرجوع مع التصريح خصوصا اذا ضم اليه مع ذلك الرجوع عليه معجلا والله العالم
وكيف كان فقد ظهر لك مما ذكرناه مكررا انه لو كان المال حالا فضمنه مؤجلا
جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ولم يطالب الضامن الا بعد الاجل بلا خلاف
فيه عندنا ولا اشكال نعم قد عرفت ان هذا الاجل للضمان لا للدين فلو مات
الضامن حل واخذ من تركته ورجع الورثة على المضمون عنه وكذا لو دفع الضامن
معجلا باختياره لاسقاط حقه بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا من المضمون
فضمنه الضامن كذلك فانه بحلوله بموته مثلا لا يحل على المضمون عنه لان الحلول
عليه لا يستدعي الحلول على الآخر ولو كان الدين مؤجلا الى اجل فضمنه الى
ازيد من ذلك الاجل جاز بلا خلاف ولا اشكال لكن ان ادى قبل حلول الاجل
الاصل لم يكن له مطالبة المضمون عنه الا بعده وان ادى بعد حلوله عليه و
قبل حلوله اجل نفسه فله المطالبة لانه قد صار الاصل حالا والفرض اداء
الضامن واسقاط حقه حق نفسه من الاجل الزائد وكذا القول لو مات
وادى وارثه نعم لو قلنا بان الاجل للضمان اجل للدين اتجه حينئذ مراعاته
للمضمون عنه وان حل على الضامن او اسقطه كما هو واضح ويرجع الضامن

تحقيق في جواز ضمان الحال مؤجلا

الضامن على المضمون عنه بما اداه ان ضمن باذنه ولو اداه بغير اذنه بلا
خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه وفي الخبر سئلته عن قول الناس
الزعيم غارم فقال ليس على الضامن غرم الغرم على من اكل المال وفي اخر
عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه كل ذلك
مضافا الى اصالة احترام مال المسلم وضمانه الا اذا بذله على جهة التبرع به
والتادية وان كانت بغير اذنه الا ان الضمان الذي هو سبب في وجوبها
قد كان باذنه بل في الحقيقة الاذن اذن فيها ولا يرجع ان ضمن بغير اذنه
ولو ادى باذنه بلا خلاف فيه ايضا بل الاجماع بقسميه كذلك عليه والخبران
منزلان على ما اذا اذن ثم قد يتوهم بالرجوع لو ادى باذنه للتصريح فيهما بالرجوع
عليه لقاعدة الاحترام المزبورة ولانا فيهما وقوع الضمان بغير اذنه فانه لا
تبرع للمضمون عنه بالوفاء فقوله ح ادّ عني وارجع به علي كقوله لاجنبي ادّ من
متبرع وارجع به علي في فرض تاديته الضمان بعنوان امتثال امر المضمون عنه وبقصد
الرجوع عليه بنيّة ح رجوعه عليه وان كان اداء عن نفسه لكن لم يتبرع به منه
فاعن بعض الناس من الاشكال في الرجوع ايضا في الصورة المزبورة التي مرجعها الى
الوعد لعدم دليل على الرجوع عليه بالقول المزبور لا يخلو من نظر او منع بعد ما
عرفت والله اعلم وعلى كل حال فلا خلاف اجده في انه ينعقد الضمان بكتابة الضامن
او المضمون عنه مع عجزهما عن النطق منضمة الى القرينة الدالة على قصد انشاء ذلك
لا بمجرد ذلك لاحتمال العبث وغيرها بل ظاهرهم ذلك وان تمكن من
النطق بل الظاهر عدم الفرق بينها وبين غيرها من الاشارات المفهمة لعدم ما يدل
على اختصاصها بذلك بل العمدة في الاكتفاء بها بعد عدم الخلاف فيه نحو
الاكتفاء باشارة الاخرس التي لا فرق فيها بين الكتابة وغيرها وقد تقدم في
البيع ما يستفاد منه الاكتفاء بالكتابة مثلا مع الاكراه على السكوت ظلما
وغير ذلك فلاحظ وتأمل البحث الثاني في الحق المضمون وهو كل مال ثابت
في الذمة ومرجعه الى ما في القواعد من ان شرط المالية والثبوت في الذمة
وان كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول بل قيل ان على

البحث الثاني في الحق المضمون

الاول الاجماع معلوم ومحكي في ظاهر الغنية وغيرها بل فيها او غيرها ابطال الاجماع
صريحا على الثاني وفيه محكي التذكرة لو قال لغيره مهما اعطيت فلانا فهو علي
لم يصح اجماعا هذا ولكن لم اجد تصريحا في اند راج العمل في الذمة في المال وعدمه
نعم في اللمعة ان ضابطه جواز عقد الرهن عليه وربما يستظهر منه اندراجه
فيه بل هو من المال قطعا ولو كان منفعة دابة كلية مثلا او عبد كلي بل العمل
جميعه من المال بدليل جواز جعله عوضا في البيع والنكاح والخلع مما يعتبر
فيها المالية وعن التذكرة ان يكون مما يصح تملكه وبيعه كالصريح في عدمه
ولا ريب ان العمومات تشهد للاول لكني لم اجد تعرضا للجمع بين ذكر الشرط
المزبور والتصريح بضمان الاعيان والعهدة والصنجة وغير ذلك مما سمعته
انتهى بل في المتن وغيره هنا ما ينافي ذلك فانه قال بعد ما سمعت سواء
كان اي المال في الذمة مستقرا كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار او معرضا
للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن
البائع عينا ولا عهدة لعدم دخوله تحت يده اما بعده فيصح ضمانه عن البائع
عهدة لو ظهر المبيع مستحقا مثلا وهو كما ترى لا يجامع الضابط المزبور ضرورة
عدم كون المضمون في هذا الحال مالا في الذمة بل هو من ضمان الاعيان نعم لو
ضمن الثمن عن المشتري للبائع كان ضمانا لمال في الذمة بل وكذا لو
ضمن عنه عهدته لو خرج مستحقا للغير اذا كان الثمن غير معين والا بطل
البيع فلا ضمان ح بخلاف ما اذا لم يكن معينا فان الضمان ح صحيح لانه في
الحقيقة لمال في الذمة وهو الثمن الكلي وكذا لو كان معينا مثلا وكان
المضمون عن المشتري ارشه الذي هو مال كلي في الذمة وبذلك يظهر لك
ان ضمان العهدة هو من ضمان العين او من ضمان المال في الذمة و
ليس هو شيء مستقل لكن في المسالك ان الفرق بين ضمان العهدة
والمال نفسه يظهر في اللفظ والمعنى اما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن
ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد مثلا ونحوه وضمان العهدة
ضمنت لك عهدته او دركه او نحو ذلك واما المعنى فظاهر لان ضمانه

فيه بيان ضمان العهدة والمال نفسه

نسه يفيد انتقاله الى ذمة الضامن وبرائة الضمون عنه منه وضمان
العهدة ليس كذلك بل انما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات ولا يخفى
عليك ما فيه بعد عدم دليل مخصص على اعتبار اللفظ المزبور بل
ظاهر الادلة خلافه وعلى كل حال ضمانه يقتضي انتقال الثمن لو كان في
ذمة المشتري الى ذمة الضامن الا انه لما كان في الظاهر فراغها بالدفع
المزبور لم يحكم به فاذا تبين فساد الدفع بكونه مستحقا للغير مثلا حكم
بمضادة الضمان المزبور لمحله فيترتب عليه حكمه من الانتقال
الى ذمة الضامن وفراغ ذمة المضمون عنه وهذا معنى ضمان دركه
والا فلا دليل على مشروعيته مستقلا على وجه يكون غير الضمان
بالمعنى المزبور كما هو واضح وبذلك كله يظهر لك الفرق ما في المتن
والمسالك ولعل عبارة الفاضل في القواعد السابقة احسن من عبارة
المتن لا قتصارها على بيان صحة الضمان للمال الثابت في الذمة ا
مستقرا او متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول ولا ريب
في ظهور ارادة ضمانه عن المشتري للبائع وهو الذي ذكره الشيخ في المحكي
عن مبسوطه حيث نفى الخلاف فيه وظاهره بين المسلمين عن صحة ضمان
الثمن في البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد الدخول والاجرة بعد
دخول المدة وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم والاجرة قبل انقضاء الاجارة
والمهر قبل الدخول قال فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة فيصح
ضمانها ايضا بلا خلاف واما ضمان العهدة فهي مسئلة مستقلة بما
سيذكرها المص في اللواحق لا مدخل لها فيما نحن فيه فلاحظ وتدبر
وكذا يصح ضمان ما ليس بلازم ولكن يؤول الى اللزوم كالجعالة قبل
فعل الشرط ما شرط عليه العمل وكمال السبق والرماية وفاقا للمحكي
عن المبسوط والتحرير والمختلف ومجمع البرهان بل والتذكرة الا انه
قال اذا شرع في العمل بل لعله المراد مما عن الخلاف والغنية يصح ضمان
مال الجعالة اذا فعل ما شرط جعالة به بناء على ارادة الكشف من الشرط

صحة ضمان ما ليس بلازم

الزبور بقرينة استدلالهم عليه بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم
وقوله لكن زعيم غارم ومرجع كثير الى العمومات التي هي العمدة مضافا الى ما عن
المختلف من الاستدلال عليه بمسيس الحاجة اليه فجاز ضمانه كقوله الق متاعك
وعلى ضمانه والى ما عن التذكرة من وجود سبب الوجوب وانتهاء الامر فيه الى اللزوم
كالثمن في مدة الخيار ولكن مع ذلك كله قال المص على تردد ينشأ به من احتمال
عدم سببية عقد الجعالة الثبوت في الذمة وانما هو جزء السبب الذي هو مع العمل
فيكون الضمان حينئذ قبل تمامه ضمان ما لم يجب والاية الشريفة محمولة على ارادة الوعد
العرفي لا العقدي ضرورة عدم قبول مضمون له ثبت له حق في ذمة الجاعل
او على ارادة بيان ان الجعل منه على ذلك لا على الملك او على غير ذلك والعمومات
بعد فرض ما عرفت من كون الضمان نقل ما في ذمة الى الاخرى عندنا لا تشمل المفروض
الذي لا يثبت بعد في الذمة ولا حاجة ماسة الى ذلك على وجه يثبت بها على
مشروعيته كما لا سبب للوجوب قبل اتمام العمل وانتهاءه الى اللزوم بعد عدم الثبوت
فعلا لا يجدي نعم لو قلنا ان عقد الجعالة سبب تام في الثبوت في الذمة وان عرض له البطلان
بعد اتمام العمل او بالفسخ او نحو ذلك اتجه ح صحة ضمانه للثبوت في الذمة ح فعلا وان
كان معرضا للبطلان لانه ينافي صحة الضمان وكذا يصح لو قلنا بان العمل من الشرط
الكاشفة لكن بتمام العمل ينكشف صحة الضمان وبعدان ينكشف بطلانه ولعل ذلك
لا يخلو من قوة وقد سمعت امكان ارادته من الشيخ وابن زهرة ومما ذكرنا ظهر
لك ان التردد في الحكم من المص للتردد في اصل الثبوت مال الجعالة في الذمة لا
للتردد في صحة الضمان وان لم نقل بثبوته فيها كما عساه يوهمه ما سمعته
من المختلف والتذكرة والتحقيق ما عرفت في مال الجعالة ومثله يجري في
مال السبق والرماية وياتي انشاء الله في بابيهما تمام الكلام فيه ذلك هذا كله قبل
العمل اما بعده فلا اشكال ولا خلاف في صحة الضمان وهل يصح مال الكتابة
قيل والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه لا يصح لانه ليس بلازم ولا يؤول
الى اللزوم اما الاول فلانه لا يلزم العبد في الحال لان اسقاطه بفسخ
الكتابة للعجز فلا يلزم العبد في الحال واما الثاني فلانه اذا اداه عتق واذا

بيان صحة ضمان مال الكتابة وعدمها

خرج من يكون مكاتبا فلا يتصور ان يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث لا يكون
الامتناع من ادائه ثم قال هذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال في الذمة
والتزام لادائه وهو فرع للمضمون عنه فلا يجوز ان يكون ذلك المال في الاصل غير
لازم ويكون في الفرع لازما فلهذا منعنا من صحة ضمانه وهذا لا خلاف فيه ولكن
لا يخفى عليك انه لو قيل بالجواز كان حسنا وفاقا للفاضل والكركي وثاني الشهيدين
وغيرهم لتحققه في ذمة العبد بعقد الكتابة ولو المشروطة فيصح ضمانه كما
لو ضمن عنه مال غير مال الكتابة وجواز تعجيز نفسه فيعود رقا لا ينافي الثبوت
في الذمة باقتضاء عدم الاستقرار كالثمن في مدة الخيار بل الاولى منه ضرورة
انه هنا مع الضمان عنه انعتق لانه بحكم الاداء بخلاف الثمن في مدة الخيار
فان ضمانه لا يرفع اصل الخيار ومن هنا اشكل جواز الضمان في القرض على
تقدير الجواز لانه يؤدي الى اللزوم قهرا على المكاتب لعدم اشتراط التسمية
عنه في صحة الضمان فينافي الغرض ان بنى الكتابة على الجواز من طرف المكاتب
وان هو كان ترتب اشكال الهين والا لم يجز التبرع بالاداء عنه لذلك ايضا
هذا ولا يخفى عليك ان ظاهر المتن وما سمعته من عبارة المبسوط بل قيل
والتحرير والتذكرة والمختلف ان محل النزاع الاعم من المشروطة والمطلقة لكن
في المسالك ان محله الاولى اذ لا خلاف في لزوم المطلقة والامر سهل بعد ما عرفت
وتعرف في باب الكتابة على ذلك والله العالم ويصح ضمان النفقة الماضية
للزوجة بلا خلاف ولا اشكال لانها من الديون في ذمة الزوج كما حررنا
في محله بل صرح الشيخ والحلي والفاضلين والكركي وثاني الشهيدين على ما
حكي عن بعضهم صحة ضمان الحاضرة لها ايضا اي الزوجة لاستقرارها
وثبوتها في ذمة الزوج بصحة ذلك اليوم الذي اظهرت التمكين فيه دون
المستقبلة التي لم يحصل سبب وجوبها الذي هو التمكين الفعلي وهو غير
معقول في الزمان المتاخر بخلاف الحاضرة التي يظهر من ادلة النفقة
الاكتفاء في وجوبها بالتمكين فعلا في صبيحة ذلك اليوم وان قلنا بسقوطها
بالنشوز في اثنائه الا انه لا ينافي اصل الثبوت في الذمة وهو كاف في صحة

بيان ضمان نفقة الزوجة الغائبة والحاضرة

الضمان خصوصا بعد عدم استرداد نفقة النهار بالموت والطلاق وانما
الخلاف في نفقة الليل كما حررنا ذلك كله في كتاب النكاح هذا وفي محكي المبسوط
انما يصح ضمان نفقة المعسر لانها ثابتة على كل حال واما الزيادة عليها الى
تمام نفقة الموسر فهي غير ثابتة لانها تسقط باعساره وتبعه على ذلك
القاضي فيما حكي عنه وفيه ان الاعتبار بالزوج والمضمون عنه فان
كان موسرا ضمن نفقة الموسر والا فنفقة المعسر ولا يسقط الزائد على
نفقة المعسر باعسار الموسر بعد وجوبه وربما كان ذلك من الشيخ
والقاضي تفريعا على قول اهل الخلاف من صحة ضمان المستقبلة لان المحكي
عنهم اشتراط تقدير بمدة وان يكون المضمون نفقة المعسرين وان كان
المضمون عنه موسرا او متوسطا لانه ربما يعسر فالزائد على نفقة المعسرين
غير ثابت لا يسقط بالعسر ثم ان تقييد المص بالزوجة ظاهر في عدم صحة
ضمانها للقريب وهو كذلك في الماضية لعدم ثبوتها في ذمته وان قدرت
دفعها لانها من خطابات المواساة التي لا تقتضي اثباتا في الذمة اما الحاضرة
ففي القواعد والمسالك ومحكي التذكرة وغيرها صحة ضمانها بلا احد
خلافا فيه بين من تعرض لذلك معللين به بوجوبها بطلوع الفجر ولكن
فيه ان هذا الوجوب لا يقتضي ثبوتا في الذمة والا لوجب ايضا بعد فوات
الوقت لعدم الدليل ح على سقوطه منها بعد ثبوته فيها وانما هو خطاب
مواساة وبر وصلة ولا شيء منها يقتضي الثبوت في الذمة من غير فرق
بين الماضية والحاضرة ولعل تقييد المص بالزوجة لاخراج اصل الضمان
لنفقة القريب من غير فرق بين الماضية والحاضرة والمستقبلة وقد
حررنا في كتاب النكاح تحقيق الحال في ذلك فلاحظ وتامل وكيف كان
ففي صحة ضمان الاعيان المضمونة بمعنى وجوب ردها او قيمتها او مثلها
عليه مع من في يده كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد ونحوها تردد
وخلاف ولا اشبه عند المص والفاضل في المحكي عن تحريره وارشاده
ومحكي المبسوط الجواز للعمومات ولانه ضمان مال مضمون على المضمون

في صحة ضمان الأعيان

عنه وفيه انه لا عموم يقتضي شرعية الضمان على الوجه المزبور حتى قوله الزعيم غارم الذي ليس هو من اخبارنا بل هو من قول الناس الذين هم مخلفونا كما سمعته في الخبر السابق الظاهر في الانكار عليهم وعموم اوفوا بالعقود انما يقتضي وجوب الوفاء بكل عقد على حسب مقتضاه وقد عرفت ان الضمان عند نا من النواقل وان شرط ثبوت المال في الذمة والاعيان المضمونة انما يجب ردها وهو ليس بمال في الذمة والغاصب مثلا مخاطب به اجماعا فيكون الضمان هو ضم ذمة الى ذمة اخرى وهو ليس من اصولنا ومن الغريب ملاحظة المذكره من ان ضمان المال ناقل عندنا وفي ضمان الاعيان وعهدة اشكال اقربه يستدعي جواز مطالبة كل من المضمون عنه والضامن اذ هو كما ترى كالمتناقض هذا كله في ضمانها بالنسبة الى ردها واما ضمان قيمتها او مثلها فهو بعد تلفها فضمانها قبل حصول السبب ضمان ما لم يجب ومن هنا كان خيرة ثاني الشهيدين والمحققين وفخر الاسلام على ما حكي عنهما عدم الجواز ودعوى صدق كونها مالا فقد اشتغلت ذمة من هي في يده بها واضحة الفساد ضرورة معلومية شغل الذمة بالرد ما دامت موجودة والقيمة والمثل مع التلف ان هذا الاطلاق ومثله غير كاف في الضمان الذي هو نقل المال من ذمة الى ذمة اخرى كما عرفته من تعريفه ومن دعوى الاجماع على اشتراط ان يكون مالا في الذمة والحق كالمضمون لا اقل من الشك والاصل عدم ترتب الاثر في مثل هذا الضمان وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف في انه لو ضمن ما هو كالمضاربة والوديعة لم يصح لانها ليست مضمونة في الاصل الى وقت الضمان لا رد ولا عوضا على تقدير تلفها نعم لو فرط فيها بتعد او تفريط مثلا ففي صحة ضمانها وعدمها البحث السابق وهو واضح كما انه لا خلاف ولا اشكال في جواز التسلسل في الضمان بناء على مذهبنا فلو ضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر وهكذا الى عدة ضمناء كان جائزا لتحقق شرط الضمان الذي هو ثبوت المال في الذمة ويرجع كل واحد منهما على من ضمن عنه اذا كان باذنه

اما تقدم
عدم صحة ضمان ما هو امانة كالمضاربة و الوديعة

يعني الاصل الذي يرجع اليه الضامن الاول اذا كان باذنه بل ولا اشكال في جواز الدور ايضا خلافا للمحكي عن مبسوط الشيخ في مبسوطه لصيرورة الفرع فيه اصلا وبالعكس ولعدم الفائدة فيه اذ به يرجع الحق على ما كان وفيه ان ذلك لا يصلح للمانعية على ان الفائدة بالاعسار وباختلاف الضمان بالحلول والتاجيل متحققة كما تقدم ذلك سابقا ولا يشترط العلم بكمية المال حال الضمان فلو ضمن ما في ذمته صح على الاشبه باصول المذهب من العمومات وغيرها والاشهر بل المشهور بل عن الغنية الاجماع عليه بل عن كشف الرموز انه روى جواز ذلك الاصحاب فلو عملنا بهذا نكون عملنا بقول الصادق عليه السلام في خبر ما اشتهر بين اصحابك ولعله اراد الروايات المطلقة في الضمان خصوصا ضمان علي بن الحسين عليهما السلام لدين عبد الله بن الحسن وضمانه لدين محمد بن اسامة بل قيل انهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين وقدره وقت الضمان بل ربما استفيد ايضا من خبر عطاء عن الباقر عليه السلام قلت له جعلت فداك ان علي دينا اذا ذكرته فسد علي ما انا فيه فقال سبحان الله او ما بلغك ان رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فعلي ضياعه ومن ترك دينا فعلي دينه ومن ترك مالا فلوارثه وكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميتا ككفالته حيا وكفالته حيا ككفالته ميتا فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك بل ولقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم مضافا الى قوله الزعيم غارم ولكن قد يناقش بعدم ثبوت الاخير من طرقنا بل لعل الثابت تكذيبه وبان الاية ليست مما نحن فيه كان الخبر ليس من الضمان المصطلح الا انه فيما قدمناه كفاية لاثبات المختار خصوصا مع عدم المعارض الا دعوى نهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر والثابت منه في البيع او مطلق المعاوضة والضرر لاحتمال كون المضمون مما لا يحتمله هو وقد ادخله على نفسه على انه يمكن فرضه خاليا عن ذلك ومع ذلك فما عن الشيخ في مبسوطه وخلافه والقاضي في مهذبه وابن ادريس في سرائره من عدم الجواز واضح الضعف هذا ولكن في المسالك ومحكي التذكرة وغيرها ان الصحة فيما اذا كان يمكن العلم به بعد ذلك كقوله انا ضامن للدين الذي لك عليه اما ما لم يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئا مما في ذمته فلا يصح قولا واحدا لصدق الشيء على القليل والكثير ولاحتمال لزوم اقل ما يتناوله الشيء كالاقرار بشيء فع

بيان عدم اشتراط العلم بكمية المال حال الضمان

بانه ليس هو المضمون وان كان بعض افراده وهو جيد ان كان المراد عدم امكان
العلم في الواقع للابهام ونحوه كما عشا بو مي البه قوله فيه نعم والا كان محلا للنظر
ضرورة ان مقتضى الادلة التي ذكرناها عدم الفرق بين الجميع فيصح ضمان ما في الذمة
من ميت او حي وان كان لا يمكن العلم به في الظاهر الا انه في الواقع متشخص كما هو واضح
وعلى كل حال فالخبر موضوع الضمان على الوجه المزبور ما تقدم به البينة انه كان
ثابتا في ذمته وقت الضمان لا ما يتجدد دوما يوجد في كتاب مما هو ليس طريقا مثبتا
لما في الذمة ولا ما يقر به المضمون عنه بعد الضمان الذي يكون اقرارا في حق
الغير خلافا للمحكي عن ابي الصلاح وابي المكارم ولعلهما يريدا ما اقر به سابقا قبل
الضمان ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين الذي هو كالاقرار وكالبينة في
حق المتخاصمين لا مطلقا واصل البراءة كذلك ايضا خلافا للمحكي عن المقنعة ما
فالزمه به ويمكن ان يريد ما عن النهاية والقاضي من انه اذا كان الرد برضى
الضامن فان حلف اي المضمون له على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه
الخروج منه لصيرورة المضمون معه فيكون اليمين حجة في حقه وما في المسالك من انه
بناء على كون اليمين المردودة كالبينة يتجه وجوب الاداء عليه لعدم الفرق
فيها بين كون الخصم الضامن او المضمون عنه لان الحق يثبت بها مطلقا بخلاف
الاقرار وفيه ان حكم البينة كذلك والا ان الكلام في كونه مثلها في ذلك كما هو واضح
وهذا كله اذا ضمن ما في ذمته اما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح لانه لا يعلم
ثبوته في الذمة كما في القواعد ومحكي التحرير والارشاد والمختلف حكما وتعليلا وكذا
المبسوط والسرائر بل هو المحكي عن المقنعة والتقي وقرر ذلك في المسالك تبعا للجامع
المقاصد بانه لما علم اشتراط صحة الضمان لثبوت الدين في الذمة حالة الضمان
ح بالصيغة المزبورة شامل لما اذا كان كذلك ولما يتجدد فلا يصح اذ لا يدل على ضمان
المتقدم لان العام لا يدل على الخاص قال ولعل هذا الوصف بقوله ما يشهد
عليه انه كان ثابتا وح في ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحة كالوضمن
ما في ذمته والزمه ما تقوم به البينة انه كان ثابتا وح فتعليل المص لا يخلو من
قصور لاقتضائه انه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود به كان
في الذمة وقت الضمان صح والحال ان مثل ذلك لا يصح لعدم وقوع حقيقة

الضمان

عدم صحة ضمان ما شهد عليه به

الضمان موقها كما قد عرفت فلا بد من تنزيل التعليل على عدم العلم بارادة الثابت
من الصيغة وفيه ان المتجه مع فرض ارادة العموم من الصيغة لاقتضاء لفظها
ذلك الصحة في الثابت بها وقت الضمان والبطلان في المتجدد لا الفساد في
الجميع مضافا الى اباء ظاهر جميع العبارات المشتملة على التعليل المزبور ما ذكراه
من التفسير المزبور الذي قد اعترفا بها ايضا بذلك وان ما ذكراه فيه تنزيل
وتخريج ولعل الاولى تفسير ذلك بارادة بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبينة
من حيث كونه كذلك لانه ح من ضمان ما لم يجب ضرورة عدم جعل عنوان
الضمان ما في ذمته والبينة طريق لمعرفته بل كان العنوان ما يثبت بها
والفرض وقوعه قبل ثبوته بها ومن هنا اردف التعليل المزبور في المختلف
بقوله فلا يصح لانه ضمان ما لم يجب ولا ريب في ان مراده ان الثبوت بها قبل
حصولها ليس ثبوتا حال الضمان وان كان مضمون الشهادة الاشتغال
حال الضمان لكن ثبوت ذلك الذي هو عنوان الضمان انما هو حال
الشهادة المفروض سبق الضمان لها وكذا لو جعل عنوان الضمان ما يقر به
المضمون عنه او ما يحكم به الحاكم او نحو ذلك مما هو بعد لم يحصل وح
تتجه هذه العبارات ولا يحتاج الى التوجيه المزبور الذي قد عرفت
فساده في نفسه وكان السبب الداعي للمص وغيره في ذكر الحكم المزبور اولا
هو الفرق بين جعل العنوان للضمان ما في الذمة ثم تعرف بالبينة وبين
جعله ما يثبت بها وثانيا التعريض بخلاف الشيخ في المحكي من نهايته حيث
قال ولو قال انا اضمن ما يثبت لك عليه ان لم آت به في وقت كذا ثم
لم يحضره وجب عليه ما قامت به البينة للمضمون عنه وهو الذي حكاه
في المبسوط عن قوم من اصحابنا وقال اني لم اعرف به نصا واعترضه
في السرائر بانه اذا لم يعرف به نصا كيف اورده في نهايته ثم انه اساء
الادب ولكن انتصر الله له على لسان الفاضل في المختلف فرد ذلك
عليه ثم قال لا شك في عدم تحصيل هذا الرجل على كل حال فالمراد
للمص وغيره التعريض بما سمعته من النهاية ولكن المحكي عنها ان ذلك

حكاية قول الشيخ في نهايته تتعلق بالحكم المنفي

البحث الثالث
في اللواحق
فيه مسائل
المسألة الاولى

موجود في بعض نسخها والا فالاصل ما ثبت للشيء عليه بالفعل ولا شك في صحته ضرورة كونه ضمانا للثابت لها لا يثبت لها بل يمكن ان يريد كشيخ من شيخه ضمان ما في الذمة الذي طريق معرفته كثبوت لها وان كان خلاف ظاهر العبارة وقد ظهر لك مما ذكرنا الكلام في جميع اطراف المسألة والحمد لله رب العالمين لله
البحث الثالث في اللواحق وفيه مسائل الاولى اذا ضمن ضامن للمشتري بالمعنى الاخص عهدة الثمن التي هي ضمان بالمعنى الاعم اي الثمن الذي هو في عهدة البائع له لزمه دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من راس بظهور استحقاق مبيع معدم لاجازة البيع او قبض الثمن او فقد شرط من شروط الصحة او نحو ذلك بلا خلاف اجده فيه وفي الاول بل في محكي التذكرة وكذا مجمع البرهان نسبته الى اطباق الناس عليه في جميع الاعصار وفي المسالك ان ظاهرهم الاطباق عليه كما ان صرح غير واحد بعدم الفرق بين الاول والثاني بل هو معقد ما سمعته من المسالك ومن جامع المقاصد اطباق الناس على ضمان العهدة وح ان تم ذلك يكون هذا الفرد خارجا من بحث ضمان الاعيان ان كان هو منها اما لو تجدد الفسخ بالتقايل او الخيار او تلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن ورجع المشتري على البائع للمعروف من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان في صحته من غير بين ضمان العهدة وغيره ولا ريب في حصوله مع قبض البائع الثمن في الاول بخلاف الثاني الذي هو فسخ متجدد فضمانه به ح من ضمان ما لم يجب بل الظاهر المسالك ذلك حتى لو قلنا ان التلف قبل القبض موجب الفسخ من الاصل لا من حينه فانه بعد ان حكى عن العلامة بناء ما نحن فيه على كون ضمان التلف فاسخا من الحين او الاصل فيندرج في ضمان العهدة على الثاني دون الاول نال الغنية نظر لانه حكم الاحق للضمان فان المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا او في نفس الامر فلا يتناول الضمان الثمن لانه لم يكن لازما للبائع مط وانما التلف الطاري كان سببا في حكم الله بعود الملك الى صاحبه من اصله وان كان هو كما ترى مرجعه الى التناقض ضرورة اقتضائه كون المال في ان واحد ملكا للشخص وليس ملكا له بل ملك

الآخر

تحقيق جيد في توجيه كلام المصنف ره

الآخر ونظير هذا وان احتملناه في اجازة الفضولي الا انه قلنا بكونه ملكا للشخص وحكم الملك للآخر فانه لا ينبغي الوضع من التم والتسبب كك ويمكن تنزيل كلام الشهيد على هذا ولكن يبقى المطالبة بدليل الاول او دعوى ما فلفرضه ثانيا اذ من احكام الملك ضمانه على من في يده فيحتمه كلام لعل الامر ح ومن ذلك يعلم ارادة المص وغيره ممن ترك التقييد بالقبض ما صرح به الاكثر من التقييد به ضرورة عدم دخوله في عهدة البائع الذي هو المضمون عنه الا بقبضه اللهم الا ان يقال بكفاية السبب الذي هو العقد حينه وان تعقب القبض الضمان نحو ما تسمعه من احتمال الضمان بالفسخ بعيب سابق وضمان درك ما يحدث من بناء او غرس لكن ضعف الاحتمال المزبور بعد حال الاطلاق المذكور على ذلك خصوصا من المص المصرح بخلاف الاحتمال المزبور في المسئلتين والله العالم وكذا لا يدخل في ضمان العهدة لو فسخ المشتري بعيب لاحق للضمان كالوقوع قبل القبض او في الثلثة قولا واحدا كما في المسالك وغيرها بل وفاقا للمتن لان الفسخ به انما ابطل العقد من حينه لا من اصله فلم يكن حالة الضمان مضمونا بل لو صرح بضمانه كان فاسدا لانه ما لم يجب كما في القواعد ومحكي التذكرة من الاشكال فيه فيما عرفت ومن وجود سبب الفسخ حال البيع بل عن بعض المحققين الجزم بالدخول فيه المناجة واضح الضعف ولعله لذا استقرب عدم اندراجه بعد اسطر من الاشكال بل جزم به بعد ذلك اما لو طالب بالارش رجع على الضامن كما في القواعد وغيرها لان الاستحقاق له ثابت بالعقد فيتحقق شرط الضمان بل الوازم من غيره لان الارش جزء من الثمن باق في ذمة المشتري ولكن مع ذلك فيه تردد من التحرير والجزم بالعدم لان الاستحقاق فيه انما التخيير حصل له العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والعيب الموجود حالة العقد من العيب لم يقتض تعيين الارش بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه فيكون كافراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف بالثبوت قبل اختياره ففي المسالك لزم مثله في الثمن لانه قيمته في ذلك وفيه ان الرد غير الثمن وان ترتب عليه استحقاق الثمن الذي لم يجب الا بالفسخ بخلاف الارش الثابت بالاصل لكونه عوض جزء ثابت وان كان

المسئلة الثانية

للمشتري ارتفاقا اخر هو الفسخ والرجوع الى الثمن ودعوى عدم ثبوته الا مع العلم والمطالبة به حتى انه لو لم يعلم او لم يطالب لم تشتغل ذمة البائع بشيء مخالفة لظاهر الادلة وقد تقدم الكلام في ذلك وفي محله فلاحظ وتامل المسئلة الثانية قد عرفت انه اذا خرج المبيع جميعه مستحقا رجع المشتري على الضامن اما لو خرج بعضه مستحقا رجع على الضامن بما قابل المستحق بلا خلاف ولا اشكال وكان في الباقي بالخيار لتبعض الصفقة فان فسخ رجع بما قابله على البائع خاصة وفاقا للمشهور لعدم اندراجه في ضمان الضامن بل لا يصح ضمانه له لو صرح به لانه من ضمان ما لم يجب خلافا للمحكي عن الشيخ فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب وفيه ان ذلك لا يقتضي دخوله في عهدة البائع له حتى يصح ضمانه عنه كما عرفت الحال في المشبه فضلا عن المشبه وهو واضح

المسئلة الثالثة

المسئلة الثالثة اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء او غرس مثلا في الارض المشتراة لو خرجت مستحقة وقلع المالك بناءه وغرسه اي تفاوت ما بين قيمته ثابتا ومقلوعا لم يصح لانه ضمان ما لم يجب حال الضمان ضرورة عدم استحقاقه ذلك على البائع قبل البناء والغرس بل ولا بعده وانما يستحقه عليه بعد القلع نعم سبب ذلك وهو استحقاق الارض موجود حال الضمان لكن قد عرفت ان الاصح عدم الاكتفاء بذلك خلافا للشهيد في اللمعة فجوزه لذلك وللحاجة اليه وكانه مال اليه او قال به في الروضة بل قيل والقائل الشيخ في المبسوط والفاضل وولده وثاني المحققين والشهيدين وكذا لا يجوز لو ضمنه البائع له فضلا عن الاجنبي لان ثبوت ذلك عليه بحكم الشرع لو وقع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان ولكن في القواعد اشكال وعن التذكرة انه قرب الصحة وقال نمنع كون المضمون عنه غير واجب وفي المتن الوجه الجواز لانه لازم بنفس العقد الا انه نظر فيه في المسالك بانه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعا مسلطا له على الانتفاع مجانا ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا حال الضمان فعدم الصحة اقوى وقد تبع بذلك المحقق الثاني حيث انما نكر على اشكال الفاضل في القواعد بانه ان كان في ثبوت

ذلك

١٨

ذلك على البائع فلا وجه له لان ذلك واجب وان كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته ايضا ليكون مؤكدا فلا وجه له لانه ضمان ما لم يجب بعد والى هذا اشار في المسالك بقوله فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البائع ام لا فانه ثابت بغير اشكال بل في ثبوته بسبب الضمان وتظهر الفائدة فيما لو اسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فاسقط احدهما فانه يفسخ بالخيار الاخر ان شاء وفيما لو كان قد شرط على البائع ضمانا بوجه صحيح فان صححنا هذا اكتفي في الوفاء بالشرط وان لم يحصل للمشتري نفع جديد فقد ظهر ان هذا الضمان قد يفيد فائدة اخرى غير التاكيد لو قلنا بصحته وبه يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتا ضمن او لم يضمن لان هذه الفوائد الاخر لم تكن ثابتة ولو لم يضمن قلت يمكن ارادة المص بما ذكره من ان الوجه الجواز اشتراط ضمان ذلك على البائع في عقد البيع تعريضا بما وقع في محكي المبسوط الذي اشار اليه المص بلفظ القيل من انه ان شرط ذلك في نفس البيع بطل البيع بل قد عثرنا على نسختين من الشرائع وقيل وكذا لو ضمنه البائع ولو شرطه في نفس العقد والوجه ح فيما ذكره المص صحيح لان المشروط لازم للبائع بنفس العقد فلا مانع من اشتراطه عليه ليترتب عليه ما ذكره في المسالك من الفائدة الاولى ولا تندرج جهالة بعد ان كان لازما له نحو ما قيل في اشتراط خيار المجلس وان كان لا يخلو من بحث عندنا وعلى كل حال فالمراد ذلك لا الضمان المصطلح اذ هو غير معقول ضرورة انه لا وجه لان يضمن الانسان عن نفسه ومن الغريب اشتباه هؤلاء الافاضل في ذلك والله العالم وكيف كان هذا كله في ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع واما العكس وهو ضمان عهدة الثمن للبائع عن المشتري فلا اشكال فيه اذا كان دينا بمعنى نقل ما في ذمة المشتري اليه وكذا ضمانه لو خرج مستحقا اذا كان الثمن كليا في ذمة المشتري الذي مرجعه الى الاول لبطلان الارتفاع لكونه معيبا كما اذا كان شخصيا فان ضمان عهدته عن المشتري ح ذلك وليس هو من ضمان الاعيان كما اشرنا اليه سابقا بل هو من ضمان ما في الذمة

كلام في ضمان عهدة الثمن للبائع عن المشتري

المسئلة الرابعة

وكذا ضمان نقصان الصنجة التي يزن بها الثمن او المثمن للبائع او المشتري
كما صرح به غير واحد لكنه لا يندرج في اطلاق ضمان العهدة وتبعة ضمان
ردائة الجنس فيهما ايضا المسئلة الرابعة اذا كان له على رجلين مثلا مال فضمن
كل واحد منهما ما على صاحبه باذنه دفعة واحدة ورضي المضمون له بذلك و
تساوى المالان من جميع الوجوه متحول ما كان على كل واحد منهما الى صاحبه
بلا خلاف ولا اشكال لاجتماع شرائط صحة الضمان في كل منهما وكان فائدة
هذا الضمان جرائة كل واحد منهما بضمانه فركا ما وبمضمونيته اصلا
فيعا كنا وافتكاك الرهن ان كان عليهما او على احدهما لان الضمان
اداء وغير ذلك كان فائدته مع اختلاف الدين قلة وكثرة وحلولا او
تاجيلا والضمان كذا واضحة بل في الفرض لو شرط احدهما الضمان في مال
بعينه وقلنا بصحته وحجر عليه قبل الاداء اخذ المضمون له حقه من المال
مقدما على الغرماء السبق تعلق حقه الآن المفلس قد استحق على المضمون للفلس ح
عنه مع فرض كون الضمان باذنه وتعلق به حق الغرماء فاذا كان
قد ادى الآخر عنه قبل الحجر عليه ضرب مع الغرماء ولا يتساقط معه لتعلق
حق الغير بما عليه بل يكون له حصة ويبقى الباقي في ذمة المفلس كما هو واضح
ولو قبل المضمون له ضمان احدهما دون الآخر كان الجميع عليه فان دفع النصف
مثلا انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين فان اطلق قسط في وجه قوي
تقدم نظيره في الرهن ويحتمل صرفه الى من شاء بعد ذلك نعم لو ابرأ تعين
ما قصده فان اطلق فالتقسيط مع احتمال القرعة ايضا بناء على انها
للاعم من المشتبه موضوعا في الواقع ولو ادعى الاصيل قصده في الابراء
فعن القواعد في توجه اليمين عليه اي المضمون له او على الضامن اشكال
من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء المقصد وعن المحقق الثاني انه
استوجه القرعة ولعل الظاهر ان الدعوى بين الضامن والمضمون عنه
دون المضمون له ح فان صدقه المضمون له كان القول قوله كما ان القول
قول الضامن ان صدقه وان لم يكن الرجوع اليه لموت ونحوه فقد

يقوى

١٧

يقوى القرعة ح بعد اتفاقهما على انه قد قصد مخصوصا وقلنا بعدم شغل
ذمة المضمون عنه الا بالاداء لعدم اصل يرجع اليه ح اما مع عدم العلم
فالحمل على الاطلاق متجه ولو ادعى احدهما على الآخر العلم كان له اليمين
على نفسه والله العالم ولو قضى احدهما ما ضمنه عن صاحبه برئ من ضمانه
وبقي على الآخر ما ضمنه عنه وكذا لو ابرأ الغريم احدهما برئ هو مما ضمنه
دون ما ضمنه شريكه بل قد يقال بعدم الرجوع له عليه ان ادى سابقا
بل وان لم يؤد الآخر بل البرائة للغريم مما عليه لحصول التهاتر بينهما قهرا بمجرد ضمان
كل منهما باذن الآخر لكنه كما ترى بعيد عن مذاق الفقه ويمكن ان يكون ذلك ولو قلنا
باشتغال ذمة المضمون عنه للضامن اذا كان قد اذن له في الضمان وان
لم يجز له الرجوع عليه حتى يؤدي الا ان الظاهر كون ذلك على جهة المراعاة فان
لم يؤد لابراء ونحوه ينكشف عدم اشتغالها فلا تهاتر ح كالقرض وكذا لو قلنا
بكون السبب لاشتغالها العقد المأذون فيه مع الاداء فتامل جيدا فان المسئلة
غير محررة في كلامهم وسيأتي عن قريب بعض الكلام فيها انشاء الله هذا كله في ضمان
كل منهما ما على الآخر اما لو ضمن اثنان عن واحد فان كان على التعاقب فالضامن
من رضي المضمون له بضمانه بل لو اطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق وان
ضمناه دفعة فالضامن من رضي به منهما وان رضي بهما فكذلك في الصحة مع
التقسيط بالنصف في الفرض والثلث ان كانوا ثلثة وهكذا او الصحة مع التخيير
ومطالبة من شاء منهما او مطالبتهما معا كما عن ابن حمزة في الوسيلة وسماه ضمان
الانفراد وعكسه وهو لو ضمن واحد عن جماعة ضمان الاشتراك بل قيل انه جزم به
في باب الديات منها اذا قال الق متاعك وعلي كل واحد منا ضمانه بل عن الفاضل
في درسه توجيهه بوقوع مثله في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الاموال
كالايدي المتعاقبة على المغصوب او بطلان الضمان من اصله كما عن المختلف وجامع
المقاصد اقوال ومن هنا قال في القواعد اشكال ولكن لا يخفى على من احاط خبرا
بنظائر المسئلة قوة الاخير منها وما ذكره الفاضل من وجود النظير لو سلم انه مثله
لا يصلح دليلا للمسئلة مع انه قد تقدم منا في المباحث السابقة ما يستفاد

بيان ابراء الغريم احد الشريكين مما ضمنه

وان ادى تبين اشتغالها

منه وضوح الفرق بين ذلك وبين الايدي المتعاقبة والله العالم المسألة الخامسة اذا
رضي المضمون له ببعض المال او ابرائه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه كلغر وض اذنه
بالضمان الا بما اداه لما عرفت سابقا من انه ليس له الا ذلك نصا وفتوى بل هو
مشروط بما اذا لم يزد عن الحق والا رجع بالحق خاصة فالضابط الرجوع باقل
الامرين مما اداه من الحق في كل موضع له الرجوع وكان المصنف اشار بما ذكره الى خلاف
بعض العامة الذي جوز الرجوع مع الابراء عن الكل والبعض لانه هبة له خاصة
من رب الدين وهو عندنا باطل لما عرفت نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه بعضه
او جميعه جاز له الرجوع لصدق الاداء من القيمة والدين من غير فرق بين ان
يكون المضمون بالعين كما اذا احتسبه من حق زكوة عليه مثلا ولو دفع عرضا
عن مال الضمان رجع باقل الامرين من القيمة والدين من غير فرق بين ان يكون
قد رضي المضمون له به عنه بغير فرق عقد وبين ما لو صالحه عنه بالدين نعم
لو صالحه عليه بما يساوي الدين في ذمته وقاصه به اتجه رجوعه به لثبوتها
له في ذمته واداؤها عن الدين مع احتمال الرجوع بالقيمة خاصة لان وضع
الضمان على الارتفاق ولعله لذا توقف فيه الفاضل في المحكي من التذكرة والله العالم
المسألة السادسة اذا ضمن عنه دينارا مثلا باذنه فدفعه المضمون عنه الى
الضامن فقد قضى ما عليه بناء على اشتغال ذمته له بضمانه عنه الماذون فيه
وان كان لا يستحق الرجوع عليه الا بالاداء لان الضمان نوع اداء والغرض حصوله
باذنه فيقتضي شغل ذمة المضمون عنه فيصح الدفع له وفاء كما يصح للضامن
ابراء ذمة المضمون عنه قبل الاداء وهذا كله لا ينافي عدم استحقاق المطالبة له
الا بالاداء للدليل نعم قد يقوى ان الدفع وفاء مثلا وكذا الابراء مراعى بحصول الاداء
منه فان حصل استقر بذلك والا انفسخ ورجع المال الى المضمون عنه او يقوى
ان ذلك على الكشف بمعنى انه بحصول الاداء ينكشف وقوعه في محله والا انكشف
عدم شغل ذمة من الاصل لكن ذلك ونحوه لا نرى احدا مصرحا به من
الاصحاب بل في المسالك او المحكي من غيرها ما يقتضي خلافه وانه لا تشتغل ذمة
المضمون عنه الا حين الاداء الضامن ولعله للاصل مع عدم ثبوت كون الضمان

اداء

براءة
اداء بالنسبة الى ذلك وان كان هو كالاداء بالنسبة الى براءة ذمة المضمون عنه فلا
ح لتشغل ذمة المضمون عنه الا بالاداء الماذون فيه بل يكون بالضمان لقاعدة
احترام مال المسلم وح فالنصوص الدالة على عدم الرجوع الا به والا مقدار ما ادى
كاشفة عن ذلك لا انها مخصصة لقاعدة تسلط من له الدين على من عليه
ولا انها مفيدة لاحكام الاخر يصعب التزامها ولعل هذا هو الاقوى وح
لا يكون ما يدفعه المضمون عنه قضاء بل هو مدفوع ليكون وفاء له اذا ادى بل
في المسالك لا يبعد كونه مضمونا عليه لقاعدة على اليد وكونه كالمقبوض بالسوم
واستشكل فيه في كره بعد ان حكم به نعم لو قال المضمون للضامن اقض به ما
ضمنت عني فهو وكيل والمال في يده امانة والفرق بينه وبين ما سبق وح
لانه دفعه في السابق اليه اما مطلقا او انه الحق كالمضمون وعلى التقديرين ليس
مستحقا عليه للضامن بخلاف قوله اقض به ما ضمنت لانه وكاله في قبضه
ودفعه قلت قد يقوى ان مرجع الاول الى الامانة ايضا ضرورة عدم كونه
وفاء فعلا قبل الاشتغال فليس هو الا على ملك المضمون عنه بل لا بد من التزام
التوكيل للضامن في قبضه وفاء بعد الاداء فلا ضمان ح والقياس على المقبوض
بالسوم ليس من مذهبنا وقاعدة على اليد مخصصة بالامانة ولعله لذا
استشكل فيه في كره في محل نعم لو دفعه له بعنوان القرض له مقدار ما يحصل
النهار بعد الاداء امكن لكنه غير المفروض وكيف كان فلو قال ادفع الى الضامن
على ما في المسالك الى المضمون عنه ادفعه انت الى المضمون له فدفعه فقد
برئا اما الضامن فلوفاء دينه واما المضمون عنه فلان الضامن لم
يغرم فلا يرجع عليه ويمكن اعتبار التقاص القهري لثبوت ما دفعه للمديون
في ذمته وقد اذن له في وفاء دينه وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لا
لا دائه فيتقاصان وفيه ان اداء دين الضامن الماذون بالمضمون
عنه باذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله اذ ليس هو
قد صار بذلك قرضا عليه مع عدم قصده وعدم توقف وفاء الدين
على كونه مملوكا للمديون كما انه لا يستحق رجوعا على المضمون عنه لعدم

بيان براءة الضامن بقوله ادفعه له

حصول الاداء منه فلا تقاص ح لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما وتأمل ولو تريت العبارة بارجاع ضمير قال الى المضمون عنه اي قال للضامن ادفعه الى المضمون له فقد برئنا معا كان ممكنا والوجه فيه ح واضح لما عرفت و يكون هذا كما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير اذن الضامن فانه لا اشكال ولا اختلاف في انه اذا كان كذلك برئ الضامن والمضمون عنه بلا رجوع من الضامن على المضمون عنه لعدم الاداء منه عنه كما هو واضح ومنه يعلم

بيان براءة الضامن والمضمون عنه بدفعه بغير اذن

ولو تبرع متبرع بالضمان ثم سئل آخر الضمان عنه فضمن والتي رجع عليه دون الاصل ولو انكر المضمون عنه الاذن في الضمان او انكر الدين كان القول قوله ولو انكر الضامن الضمان فاستوفي الحق منه بالبينة لم يرجع على المضمون عنه اذا كان قد انكر اصل الدين او اصل الاذن بالاداء عنه في ضمن الضمان وغيره ضرورة علمه بفراغ ذمة المضمون عنه وعدم استحقاق الرجوع عليه وانه قد اخذ منه بالظلم بالبينة المخطئة نعم لو لم ينكر اصل الدين ولا اصل الاذن بالاداء عنه ولا المضمون عنه اصل الاذن لما وثبت ذلك بحجة شرعية كان له الرجوع على المضمون عنه مخاصمة ظاهرا لعدم منافاة انكار الضمان لذلك ضرورة كونه اخص من استحقاق الرجوع الذي يمكن بالاذن بالاداء من دون ضمان فله المطالبة ح بان يقول اني اديت عنك دينك على وجه استحق الرجوع به عليك ويقيم البينة على الاذن ان كانت وان كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن لان التوصل الى الحق بطريق لا يكون مشتملا على محذور جائز والظاهر انه يسوغ للبينة الشهادة بالاذن من دون تعيين الضمان الذي انكر الضمان حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منها لم يلزم وعلى كل حال فله الرجوع ظاهرا ثم له المقاصة باطنا اذا كان كاذبا في انكاره الضمان بالاذن الا ان يعترف له المضمون عنه بذلك ولو اذن له باداء دينه من دون ضمان فادعاه المأذون وانكره الاذن كان القول قوله لا المأذون لانه وكيله وامينه من غير

ان يكون م

فرق بين تصديق المحق وعدمه نعم لو قيد الاذن اذنه بالاشهاد فترك المأذون لم يكن له الرجوع عليه ولو صدقه المستحق اذ يمكن ان يكون تصديقه مواطاة وليس الغرض سقوط المطالبة الحاصلة بذلك بل براءة الذمة في الواقع ولم يحصل ما يدل عليها اللهم الا ان يجعل اقراره بذلك طريقا لها ايض على ان الغرض التقييد بالاشهاد ولم يحصل نعم لو لم يقيد بذلك واطلق الاذن امكن الاكتفاء باقراره وان قلنا بتقصيره بترك الاشهاد على وجه لا يستحق الرجوع معها لان من المعلوم كون ذلك لارادة اسقاط الحق سقوط المطالبة والبرائة والفرض حصولهما بالاقرار وكذا لو كان الدفع بحضور الاصيل ومن التأمل فيما ذكرنا يظهر لك مواقع النظر فيما ذكره الفاضل في القواعد فلاحظ وتأمل فان فيه مواضع للتطويل فيها يظهر من بعض كلماته فرض المسئلة في الضمان ومن المعلوم عدم جريان جملة من الفروع فيه ولذا فرضناها في المأذون في الاداء بدونه وقد عرفت الكلام سابقا في الضمان فلاحظ وتأمل وقد تقدم لنا سابقا وياتي في باب الوكالة وغيرها ما يستفاد منه ايض وجه النظر في جملة من ذلك فلاحظ وتأمل جيدا والله العالم المسئلة السابعة اذا ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن وانكر المضمون له القبض كان القول قوله بيمينه لاصالة عدم القبض وفي المسالك وح فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء لعدم تحقق غرمه المشروط به استحقاق الرجوع وفيه ان المتجه ح توجه المخاصمة بينهما وتوجه له اليمين عليه ولو رد المضمون له اليمين على الضامن في الاول لحلف ففي استحقاق الرجوع على المضمون عنه بذلك وعدمه وجهان اقواها العدم بل وكذا في استحقاقه مع تصادق الضامن والمضمون له وعلى كل حال ففي مفروض المتن ان شهد المضمون عنه للضامن قبلت شهادته وان كان الضمان بالاذن لانه ح شهادة على نفسه ح باستحقاق الرجوع وشهادة على غيره نعم هي مقبولة كغيرها من الشهادات مع انتفاء التهمة واليه يرجع ما عن التحرير من ان شهادة المضمون عنه ترد اجماعا والاداء ان اثرت في البرائة فكالضمان على التأمل عندهم وفرضت التهمة فيما اذا كان اداء الضامن بالصلح باقل من الحق وباعسار الضامن مع عدم علم المضمون له ويتجدد الحجر عليه

المسئلة الثالثة

لفلس وكان للمضمون عنه عليه دين وبغير ذلك مما يمكن فرضه اذ الفرض انها شهادة مقبولة
في نفسها الا اذا اقترنت بما يمنعها من جر نفع او خصومة او غير ذلك لا انها مردودة
في نفسها لكونها مما يجر نفعا باعتبار كون الدين دينه لانه بالضمان قد برئ عندنا
وصار كالاجنبي بالنسبة الى ذلك هذا كله على مذهبنا من القول باقتضاء الضمان
انتقال المال اما على مذهب مخالفينا من كونه ضم ذمة الى اخرى فلا اشكال في عدم
قبول شهادته كما هو واضح ولو لم يكن المضمون مقبولا لجر نفع او فسق او خصومة او غير ذلك
حلف المضمون له فكان له مطالبة الضامن مرة ثانية على زعم الضامن ولكن يرجع الضامن
على المضمون عنه بما اداه اولا على الوجه الذي عرفته سابقا لا الاخير الذي هو
ظالم بزعمها فيه ولو لم يشهد المضمون عنه اي يصدق الضامن بدعواه رجع الضامن
عليه بما اداه اخيرا لعدم ثبوت اداء سواه ثم الظاهر توجه الخصومة بينهما كما
اشرنا اليه سابقا كما ان الظاهر تقييد ذلك بما اذا لم يزد المدفوع اخيرا على الاول
والا فعلى الحق ولا يرجع بالاقل من الثلثة لانه ان كان هو ملزم به اولا فلاعترافه
بعدم استحقاق ما سواه وان كان ما دفعه اخيرا فلما عرفت من عدم ثبوت
غيره وان كان هو الحق فلما عرفت من ان الرجوع انما هو في الاقل منه والمدفوع
المسئلة الثامنة اذا ضمن مريضا تبرعا في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من
تركته على الاصح من كون المنجزات منه لا من الاصل اذ لا اشكال في كون الفرض
منها نعم لو ضمن بسؤال ففي المسالك كما هو لو باع بثمن المثل نسيئة الى ان قال هو كا
كالبيع محاباة اي في احتساب ما نقص منه على الثلث ولكن لا يخفى من نظر ضرورة
كونه كالقرض ونحوه في عدم التبرع فيه بشيء المسئلة التاسعة اذا كان الدين مؤجلا
فضمنه حالا لا باذن المضمون عنه في ذلك وعدمه ففي المحكي عن المبسوط لم يصح
وكذا لو كان الى شهرين فضمنه الى شهر لان الفرع لا يرجح على الاصل ووافقه
على ذلك فخر الاسلام والكركي بل عن المختلف انه استحسنه بل قد عرفت ان
الاول مقتضى ظاهر من [٢] الاجل في الضمان وان كان ذلك جنبيه لغيره غير ما
نحن فيها ولو امتنع منها هنا من لم يعتبر الاجل فيه ولكن مع ذلك كله فيه تردد بل
منع لما سمعته سابقا من عدم الدليل على اشتراط الاجل فيه بل ظاهر الادلة

المسئلة الثامنة

المسئلة التاسعة

[٢] الغير

خلانه

خلافه كما انه لم يثبت ما نفيه زيادة الفرع على الاصل ودعوى اعتبار مشروعية الضمان
على المساواة ممنوعة كدعوى ان ذلك من ضمان ما لم يجب باعتبار ان الحلول زيادة
في الحق وكذا نقصان الاجل ولذا اختلف الاثمان باختلافه ضرورة ان كلا من الحلول
والاجل انما هو من التوابع ومن الحقوق للديون التي يجوز التبرع منه وعنه باسقاطها
فان كان مع اذنه في الضمان دون الحلول لم يستحق الرجوع عليه الا للاصل كما
عرفته سابقا وكذا دعوى اعتبار الارفاق في الضمان اذ لا دليل عليها بل ظاهر
الادلة خلافها على انه مع التبرع لا ينافي الارفاق كما لا يختص الارفاق بجهة
الجهة وقد اشرنا الى ذلك سابقا والله اعلم القسم الثاني في الحوالة بفتح الحاء كسرها
وهي مشروعة بالنص واجماع الامة كما عن المبسوط بل ليت بعلو لا حول لتعليه
عند علمائنا اجمع ويحكي الذكرى والكلام فيها يكون في العقد وشروطها اما الاول
فالحوالة المتفق على صحتها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة
بمثله ولو اعتبار انتقال مثله الى المحال عليه كما ستعرف تحقيق الحال في ذلك
فلا ينتقض بالحوالة على البريء وان كان الاصح عندكم على ما ستسمع صحتها
الان فيه خلافا وقد حاول الفاضل ادخالها بحذف قيد لكنه ينتقض
بالضمان والامر كله في ذلك سهل بعد ان ذكرنا غير مرة ان المراد بها التمييز
في الجملة فهي اشبه شيء بالتعاريف اللغوية كقوله الامر وانها عقد الاثر الى كل
منه بعد ما عرفت تحقيق الحال في ذلك في البيع من ان الفاظ العقد مخصوصة
او يحصل بكل ما دل عليه منها اذا كان على طريق العرف واللغة بعد ان تقدم
منا تمام الكلام ايضا في ذلك بل وفي حكم المعاطاة فيها بعد فرض قيام سيرة كاشفة
على مشروعيتها فيها اذ قد تقدم ايضا منا تمام الكلام في احكامها التي لا يصعب
عليك جريان ما يجري منها هنا بعد صدق الحوالة عليها وكيف كان
يشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال بلا خلاف اجده في الاول
والاخير بل الاجماع بقسميه عليهما بل المحكي منهما مستفيض او متواتر وهو
الحجة مضافا الى اصول المذهب وقواعده لكن في المسالك ويحكي التذكرة
وغيرها انه يستثني من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء

الحوالة

والكلام وفي ثلثة الاول في العقد

واحكامه

الثاني في

فإنه لا يعتبر رضا المحيل قطعاً لأنه وفاء دينه وضمانه بغير إذنه والعبارة عنه حينئذ أن يقول للمحال عليه أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل وزاد في المسالك فيشترط هنا رضا المحال والمحال عليه ويقومان بركن العقد بخلاف رضى المحال عليه مما تقدم لقيام العقد بغيره وفيه إمكان منع صحة هذه الحوالة لعدم الإطلاق في نصوص المقام بيننا ولنا وأوفوا بالعقود إنما يراد منه العقود المتعارفة أي البيع والصلح والحوالة ونحوها فلا شمول للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم إطلاق فيها بيننا ولنا بل لا محكي الإجماع مستفيضاً على اعتبار رضى المحيل يشهد بخلاف ذلك كما أنه يشهد اتفاقهم على أن المحيل والمحال من أركان عقد الحوالة وأن بالإيجاب من الأول والقبول من الثاني يتم العقد يقضي بخلافه أيضاً ضرورة عدم اختلاف أركانها ودعوى قيام المحال عليه مقام ذلك مصادرة محضة مخالفة لما عرفت فالمتجه عدم الاستثناء المزبور والله العالم هذا كله في الأول والأخير وأما اعتبار الرضا في الثاني فهو المشهور بل عن الأردبيلي أنه لم يظهر فيه خلاف بل في محكي التذكرة نسبته إلى أصحابنا والمختلف إلى علمائنا بل عن الشيخ دعوى الإجماع وإن كنا لم نتحققه وإنما المحكي عن المبسوط والخلاف ما عن الغنية والسرائر من الإجماع على صحة الحوالة مع رضاه بخلاف حال عدمه وهو كما ترى ليس إجماعاً في المقام بل مشعر بوجود الخلاف إلا أن الظاهر إرادته ولو من العامة نعم هو محكي عن التقي بل لعله ظاهر المحكي عن المقنعة والنهاية بل عن الفاضل في المختلف الميل إليه بل هو خيرة المقتصر والتنقيح وإيضاح النافع والمسالك والروضة على ما حكي عن بعضها بل في الثاني إن اعتبرنا اشتغال الذمة والحوالة بمثل عليه فلا يشترط رضاه قطعاً وإن لم يشترط الشغل أو كانت الحوالة بالجنس فلا بد من رضاه قطعاً وإن كان الشك فقد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً أنه هو كذلك في سابقه أي الحوالة على البريء بناء على صحتها كما اعترف بذلك غير واحد من الأفاضل فالمتجه في مشغول الذمة ولو بغير المثل كما ستعرف وعلى كل حال فليس للمشهور بعد الإجماع المحكي الذي لم نتحققه بل المظنون توهمه كما عرفت سوى أصالة بقاء الحق في ذمة المحيل المقطوعة

كلام في تحقيق الإجماع على صحة الحوالة مع رضا المحال عليه

بعموم أدلتها أو باطلاق فإن الحوالة إذ لا ريب في عدم اعتبار رضاه في مفهومها المتحقق بالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال ومن هنا قيل مع فرض اعتباره لا فرق بين مقارنته ولحوقه بل وسبقه إذ ليس هو من أركان العقد المعتبر فيه اتصال قبوله بإيجابه وكونه باللفظ العربي ونحو ذلك بل لا يبعد كونه كالشفاعة مع فرض تأخره على نحو الرضا في عقد الفضولي إلا أنه لم أجد مصرحاً به كما أني لم أجد لغيري احتمال اعتباره على وجه القبول بأن يكون هذا العقد مركباً من إيجاب وقبولين وإن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم أيضاً وسوى اختلاف الناس في سهولة القضاء والاقتضاء المعلوم عدم رجوعه إلى حاصل ضرورة تسلط الناس على أموالها ولذا جازت الوكالة على استيفائه ونقله إلى الغير ببيع وصلح وغيرهما وسوى دعوى اقتضاء الحوالة النقل كما هو مقتضى ما سمعت من تعريفها بل في محكي كره الحوالة عقد شرع لنقل الحق من ذمة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع وكذا عن ف وط والغنية وأنه لذلك سميت حوالة ولا ريب في توقف الانتقال إلى ذمة الغير على رضاه التي يمكن منعها بالمعنى المزبور وأنها إنما تقتضي الوفاء بماله في ذمة الغير عما في ذمته خصوصاً بعد كون المتعارف في القصد بالتحويل ذلك لا انتقال ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه عوضاً عما له في ذمته ولا وجه لاقتضائها ذلك مع فرض عدم قصده نعم هو كذلك في الحوالة على البريء التي هي كالضمان بخلاف الغرض التي هي كالوفاء بل يمكن إرادة كونها ناقلة بمعنى اقتضائها نقل ما في ذمة المحال عليه إلى ملك المحال عوضاً عما له في ذمة المحيل ومن هنا تخيل بعض العامة أنها بيع أو معاوضة بل يمكن إرادتهم في التعريف المزبور وغيره ذلك أيضاً على معنى اقتضائها انتقال ما يستحقه المحال في ذمة شخص آخر غير المحيل إليه بل قد يقال توسعاً إنها اقتضت نقل المال من ذمة إلى ذمة أخرى بالاعتبار المزبور وبالجملة فالمسلم والمتعارف في قصد المتعاقدين ذلك وهو لا يتوقف على الرضا إذ هو كنقله بغير التحويل من البيع ونحوه وأما غيره فلا دليل عليه بعد أن لم يكن من مقصود المتعاقدين بل لا يبعد البطلان مع فرض قصده فالقول بعدم اعتبار رضاه لا يخلو من قوة وإن كان الأحوط خلافه خصوصاً بعد ما عرفت من الشهرة العظيمة وكيف كان فمع تحققها جامعة للشرائط يتحول المال

تحقيق تحول المال الى ذمة المحال عليه

الى ذمة المحال عليه ولو باعتبار انتقال عوضه الذي هو في ذمة المحال عليه اليه بل لعل
المراد انه يتحول المال اي يتبدل بما في ذمة المحال عليه خصوصاً بعد العلم بان استفاضة
هذه العبارة حتى حكى عليها الاجماع غير واحد بل صدرت ممن صرح بعدم اقتضاء
الحوالة النقل بالمعنى السابق كالمحقق الثاني والشهيد الثاني انما هو في مقابلة المحكي عن زفر
من العامة حيث قال بعدم تحول الحق عن ذمة المحيل وجعلها كالضمان عنده وعلى
كل حال يبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال على الاظهر الاشهر بل المشهور لظهور عدم الرجوع
في خبر ابي ايوب سئل ابا عبد الله ع عن الرجل يحيل الرجل بالمال ايرجع عليه قال لا يرجع
عليه ابداً الا ان يكون قد افلس قبل ذلك في البراءة المزبورة كخبر منصور بن حازم
سئلت ابا عبد الله ع عن الرجل يحيل الرجل بالدراهم ايرجع عليه قال لا يرجع عليه
الا ان يكون قد افلس قبل ذلك وخبر عقبة عن ابي الحسن ع سئلته عن الرجل يحيل
الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي ايرجع على صاحبه اذا احتال
ورضي قال لا بل فلك مقتضى الحوالة التي هي بمعنى النقل ولو بالوجه الذي ذكرناه الذي هو
نقل المال الذي في ذمة المحال عليه الى المحتال لكن من المعلوم كون ذلك بدلاً وعوضاً عما
له في ذمة المحيل لانها من قبيل الوفاء فيقتضي براءة ذمة المحيل خلافاً للمحكي عن
ابي علي والشيخ في النهاية وابي الصلاح والقاضي وظاهر المقنعة بل عن المقداد نفي البعد عن
اختياره فلم يعتبروا ابراءة المحال للمحيل والا لم يبرء لخبر زرارة عن احدهما في الرجل يحيل
الرجل على ما كان له على رجل اخر هو فيقول الذي احتال برئت مما لي عليك فقال
اذا ابرئه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله لكنه خبر
واحد موثق للمحكي عن الحسن البصري ومحتمل لارادة الرجوع عليه ولو في حال الاعسار
والكناية عن القبول والرضا بالحوالة فلا يصلح معارضاً لتلك الاخبار ولو على جهة
التقييد والا لما دل على اللزوم من عقد الحوالة المستفاد من الاية والاجماع وغيرها
بل ردّ هذا القول مضافاً الى ما ذكرنا بالاجماع بتسميته على اقتضاء الحوالة نقل المال
من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه لكن قد يناقش بمنع الاجماع المزبور اذ لا
يتصور معه الخلاف المذكور الذي قد سمعته من غير واحد بل المخالف انما
عبّر بلفظ الاظهر ونحوه ولو ان هذا الاجماع محقق لم يتصور محل الا براء معها

بيان براءة المحيل وان لم يبرئه المحتال

كما لا يتجه في اذا اوقع قبلها ومن الغريب ما في المسالك في المقام حيث قال هنا حكمان
احدهما ان الحوالة تفيد نقل المال وتحوله من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه
وهو موضع وفاق منا ومن العامة الا من شذ منهم فانه جعلها كالضمان بمعنى الضم
وفساده ظاهر الى ان قال وثانيهما ان المحيل يبرء من حق المحتال الخ ما ذكره مع انه في البناء
عند البحث على اعتبار رضا المحال بعد ان ذكر دليل الخصم انها تقتضي الانتقال قال انا نمنع
من اقتضاء الحوالة النقل بل هي ابقاء لما في ذمة الغير فلا يقصر عن بيعه ولا يشترط فيه
رضاه اذ مع فرض تحقق الاجماع المزبور لا يتصور النزاع المذكور نعم ما يمكن تسليمه من الاجماع
اقتضاء الحوالة النقل بمعنى انتقال ما في ذمة المحال عليه الى المحتال واما اقتضاؤها
مع ذلك براءة ذمة المحيل على وجه ليس له الرجوع عليه وان لم يقبض من المحتال فلا عند من
عرفت جمعاً بين النصوص المزبورة بالاطلاق والتقييد مضافاً الى اصالة بقاء ذمة
المحيل وان كان الاقوى خلافه لقصور الخبر المزبور عن ذلك ولان الحوالة وان كان
الاصح انها قسم برأسه لكنها بحكم الاستيفاء والاعتياض او بحكمها وعلى كل حال تقتضي
براءة ذمة المحيل ولان المراد والمقصود من التعاقد بين هذا ذلك فيعلم ان شرعيتها
على الوجه المزبور بحيث لو قصد اخلافه مصرحين لم تشرع الحوالة كما هو واضح
ويصح ان يحيل على من ليس له عليه دين وفاقاً للمشهور بل عن السرائر الاجماع عليه وهو الحجة
بعد اطلاق النصوص السابقة وعموم اوفوا بالعقود والسيرة على فعلها فعلها بحيث
يعلم شرعيتها خلافاً للمحكي عن الشيخ في اخر الباب وربما حكي عن القاضي وابن حمزة
وان كنا لم نتحققه فانحصر الخلاف فيه بل المحكي عنه في اول الباب الموافقة وبني
الخلاف بعضهم على ان الحوالة اعتياض واستيفاء فعلى الاول لا يجوز وعلى الثاني
وفيه ان الاصح كونها اصلاً برأسه وان الحقها حكم الوفاء في بعض الاحوال
والاعتياض في بعض اخر والا فمن المعلوم انها ليست وفاء حقيقة ولذا لا يجب
قبولها وان كانت على ملي ولا بيعاً كذلك ولذا لم يحكم التقابض في المجلس لو كانت في النقد
وعلى كل حال فلا دليل للخصم سوى الاصل المقطوع بما عرفته ودعوى استبعاد
الاختلاف في مقتضاها والمراد منها اذ هي على مشغول الذمة انتقال وعلى البريء
معنى الضمان ومن هنا قال المص لكن يكون ذلك بالضمان اشبه بل عن الكاشاني

صحة الحوالة على من ليس له عليه دين

الاظهر انها ضمان وان كان فيه ما لا يخفى ضرورة عدم حصول انشاء ذلك من
المحال عليه حتى تكون ضمانا بل اقصاه الرضا بما انشاء المحيل من معنى الحوالة التي هي
بمعنى الوفاء باثبات مثل ذلك في ذمة البريء والاعتياض عنه بذلك وهو معنى
غير الضمان بل هو قريب من الحوالة على المشغول ومثل ذلك لا يقدح في العقد
فان افراد البيع متعددة اشد من ذلك تفاوتا فما عن الكركي من التأمل في الجواز في غير محله
والله العالم واذا احاله على المليّ الوفي لم يجب القبول بلا خلاف اجده بل الاجماع بقسميه
عليه بل قد عرفت المحكي منه على رضا المحتال مستفيضا مضافا الى الاصل السالم
عن معارضة ما دل على وجوب قبول الوفاء من باذله بعد معلومية عدم كونها
وفاء حقيقة على وجه تندرج في اطلاق تلك الادلة بل هي ناقلة كما عرفت
فما عن داود الظاهري من الوجوب لذلك وللنبوي المرسل اذا احيل على المليّ فليحتمل الذي
لم نجده في طرقنا ولا جابر له ولا شاهد وينبغي حمله على الندب واضح البطلان
لكن لو قبل الحوالة عليه لزم وليس له الرجوع ولو افتقر كما لو كان فقيرا من اول وقد علم
به ورضي بلا خلاف ولا اشكال بعد معلومية كون الحوالة من العقود اللازمة مضافا
الى النصوص السابقة خصوصا خبر عقبة منها بل عن الخلاف انه المروي عن امير المؤمنين ع
فما عن ابي حنيفة من ان له الرجوع اذا جحده المحال عليه او مات مفلسا وعن عمرو وابي
يوسف ومحمد بن الحسن اذا افلس وحجر عليه الحاكم واضح الفساد من غير فرق في ذلك بين
اخذ المحتال شيئا من المال وعدمه لاطلاق النص ومعقد الاجماع وغيرهما
من اصالة اللزوم ونحوها بل عن المختلف الاجماع على ذلك صريحا خلافا للمحكي
عن سلار فجوز الرجوع مع عدم الاخذ لعدم تمامية القبول بدونه وهو شاذ
نادر واضح الضعف نعم هذا كله في المحال عليه المليّ ثم افتقر اما لو قبل الحوالة
جاهلا بحاله ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ والعود على المحيل بلا
خلاف اجده فيه كما عن الغنية الاعتراف به بل في محكي التذكرة نسبته الى علمائنا
والسرائر الى اصحابنا بل عن الخلاف الاجماع عليه وهو الحجة بعد النصوص السابقة
وقاعدة الضرر وغيرها بل ظاهر اطلاق النص والفتوى ما صرح به جماعة
من ثبوت الخيار ايضا حتى لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر لتحقق المقتضي

بيان عدم وجوب قبول الحوالة ولو كانت على المليّ الوفي

له فيستصحب وليس العلة الاعسار ما دام الزوال بزواله ودعوى كون المنشأ في ذلك الضرر بحيث
يزول بزواله لا شاهد لها بل الشاهد على خلافها متحقق ويمكن يكون ذلك محل حكمة لا علة
ومن الغريب انه بنى ذلك على كون علل الشرع معرفات او علل حقيقية وعلى الثاني هل الباقي
مستغن عن المؤثر او محتاج فعلى الاول لم يثبت الخيار وعلى الثاني من الثاني يزول ولا باس به
بعد معرفة كون علل الشرع معرفات وعدم احتياج الباقي في بقائه الى غير الاول كما هو محرر
في محله وهل هو على الفور او التراخي وجهان اقواهما الثاني للاطلاق وغيره كما ذكرناه في نظائره ثم
ان الظاهر ارادة الاعسار من الفقر في كلام العلماء اقتصارا على المتيقن فيما خالف قاعدة اللزوم كما انه
المراد من الافلاس في النص لا حجر الحاكم بالافلاس نعم الظاهر ثبوت الخيار له وان بذل المال بقرض
او نحوه بل ولا تبرع متبرع عنه للاطلاق ومنه يعلم ان ليس المدار على قاعدة الضرر على وجه يدور
الحكم معه وقد تقدم في الضمان ما لا يخفى عليك جريانه في المقام كغيره من احكام الاجل واشتراط
الخيار وغير ذلك مما لا فرق فيه بين الضمان والحوالة خصوصا على البريء والله العالم واذا احال بما عليه
على مشغول له بذلك او بريء بناء على الصحة ثم احال المحال عليه المحال بذلك الدين كان صحيحا بلا خلاف
ولا اشكال لاجتماع شرائط صحتها فتندرج في اطلاقها المندرج في اية اوفوا بالعقود ولو ترامت
الحوالة بتعدد المحال عليهم واتحاد المحال كما لو احال المديون زيدا على عمرو ثم احال زيد على
بكر ثم احال بكر زيدا على عمرو وهكذا لوجود المقتضي وارتفاع المانع وتعدد المحتال او المحيل وانما
المحتال عليه كما لو احال المحال من له عليه دين على المحال عليه وهكذا بل كما يصح ترامي هما يصح
دورها كالضمان بان يعود الى المحيل الاول اذا فرض شغل ذمته للمحال عليه او قلنا بصحتها
على البريء بل لم نجد خلافا هنا وان سمعته في الضمان كما هو واضح واذا قضى المحيل الدين بعد
الحوالة فهو كالوفاء من الاجنبي المعلوم حكمه بانه ان كان بمسألة المحال عليه رجع عليه وان
تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه ضرورة كونه بالحوالة قد برئت ذمته فيكون حينئذ اداؤه كاداء
الاجنبي الذي قد علمت حكمه والله العالم ويشترط في المال المحال به ان يكون معلوما في التذ
على انها الا عرف به بغير واحد بل عن مجمع البرهان لعله لا خلاف فيه بل في المحكي من التحرير يجب
ان يكون معلوما فلا تصح بالمجهول اجماعا بل في مفتاح الكرامة لم نجد المخالف وانما ذكرت
الصحة مع الجهل احتمالا في التذكرة والمسالك ومجمع البرهان نعم لم يذكر هذا الشرط في
عداد الشرائط في الوسيلة والغنية وغيرها ولعله ان امكن ان يكون ذلك لمعلومية ذلك

اشتراط كون المال المحال به معلوما

الآن الانصاف عدم خلوه عن الاجماع شكال ان لم يتم الاجماع كمزبور خصوصاً على
ما يظهر من قواعد الفاضل من اعتبار الثلثة ضرورة عدم الدليل عليه الا دعوى
الغرر الذي لم يثبت ما نعيته على الاطلاق حتى لو قلنا بان الحوالة اعتياظ فانه لم يثبت
ما نعيته في مطلق المعاوضة اما على القول بانها استيفاء فقد قيل انه لا يمكن استيفاء
المجهول ومنعه واضح خصوصاً بعد ما عرفت من صحة ضمان المجهول ويلزم بما
تقوم به البينة فالاولى احالة ذلك على ما سمعته في الضمان خصوصاً والحوالة على
البرى التي هي شبيهة به خصوصاً مع فرض امكان اندفاع الجهالة بعد ذلك بالرجوع
الى دفتر ونحوه او كانت الجهالة في خصوص المقدار مع العلم بعدم زيادته على مائة وعدم
نقصانه عن عشرة على ان الحوالة به على جهالة تقتضي ثبوته في ذمة المحال عليه نحو
ما كان في ذمة المحيل فيرجع معه الى الصلح ونحوه نعم يتم ذلك في الجهالة بسبب الابهام كا
كالحوالة باحد الدينين على حسب ما عرفته في الضمان فلاحظ وتامل والله العالم وكذا يعتبر فيه
ان يكون ثابتاً في الذمة اي ذمة المحيل ولو متزلزلاً فلا حوالة في غير الثابت فيها وان
وجد سببه كالجعالة مثلاً قبل العمل بناء على عدم ثبوته في الذمة قبله فضلاً عما لم يوجد
سببه كالحوالة بما سيستقرضه نحو ما سمعته في الضمان بل في بطلان الحوالة في كل لزم
حينئذ بالفسخ بعد ذلك نظر وان وجب عليه دفع الثمن مثلاً من غير ذلك فلم تصح الحوالة
بالثابت في الذمة سواء كان له مثل كالطعام او لا مثل له كالعبد لاطلاق الادلة وعمومها
من غير فرق بين الحوالة به على مشغول الذمة بمثله وصفاً وجنساً وعلى برى خلافاً
للمحكي عن الشيخ في احد قوليه وابن حمزة فمنعا من الحوالة بالقيمي للجهالة وضعفه واضح
بعد معلومية صحة السلم وغيره فيه باعتبار انضباطه بالوصف فمع فرض اشتغال ذمته بعبد
موصوف مثلاً بالدين في ذمة آخر او كان قد باراد اثباته في ذمته على نحو ما كان عليه بعوض
الحوالة او الضمان لم يكن وجه للاشكال في صحته كما لا وجه للاشكال في صحة ذلك
لو فرض كون الثابت في الذمة قيمة القيمي باتلاف ونحوه ضرورة كون الحوالة ح
بالقيمة التي هي مثلية فليس ح للجهالة التي ذكرها محل حتى مع فرض تعذره الموجب
للرجوع الى القيمة كالمبيع بل لا يبعد ان لم يكن اجماعاً جواز الحوالة بالاعمال على البرى
او على مشغول الذمة للمحيل بمثلها بناء على انها بحكم المال بدليل صحة وقوعها ثمنا

اعتبار كونه ثابتاً في الذمة

البيع

للمبيع وعوضاً للخلع ومهراً في النكاح من غير فرق بين كون المراد منها الثواب وغيره
وح فيصح احالة مشغول الذمة بقراءة قرآن او زيارة او صلوة او حج او غير ذلك على
برى او على مشغول الذمة له بمثل ذلك وكذا يصح ضمانه لكن لم اجد مصرحاً به كما انه لم
اجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه او ظاهر بل هو غير متعارف وكيف كان فعن
الشيخ في اول الباب من ط وابن حمزة وزهرة والقاضي انه يشترط في صحة الحوالة
تساوي المالين اي المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً بل لعله ظاهر النافع
وغيره مما عرف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله بل عن كره
من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين للاصل بعد عدم اطلاق في نصوص
الباب يوثق به في تناول المفروض ولا سيره كاشفة ولا غيرهما مما يظهر به وان اوفوا
بالعقود قد ذكرنا غير مرة ان المراد منه بيان لزوم العقود المتعارفة المذكورة في
كتب الفقهاء فلا دلالة فيها على صحة المشكوك فيه من افراد نوع منها بعد ان لم يكن في
ادلته بالخصوص اطلاق صالح لشموله على ان في الحكم بالبطلان تفصياً من التسلط على المحال
عليه بما لم تشتغل ذمته به اذ لا يجب عليه ان يدفع الا مثل ما عليه وجواز دفع شخص
من جنس غيره بالتراضي معاوضة مستقلة او بالوفاء بدفع الشخص للادلة الخاصة
التي لا تشمل الحوالة قطعاً وان كان لها حكم الوفاء في بعض الاحوال دون بعض كما عرفته
سابقاً ولعله الى ذلك يرجع الاستدلال على المطلوب من بعضهم بان حقيقة الحوالة
تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه
دنانير كيف يصير حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك فان
الحوالة ان كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه واقرضه المحال عليه فحقه
الدراهم لا الدنانير وان كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها
تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال او زيادة قدر او وصف وانما هي معاوضة ارفاق
ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوي لئلا يتسلط على المحال عليه
بما ليس في ذمته بتقريب كون المراد ان الثابت مشروعية الحوالة النقل المزبور
والتبديل المذكور لا غيره وح لا تقتضي غيره وان تراضيا لان تراضيهما على ما لم
يجعله الشارع مقتضى عقد لا يكون مقتضياً الترتب ذلك عليه وان قصداه و

اشتراط تساوي المالين جنساً ووصفاً

وتراضيا به ولكن مع ذلك كله قال المصنف فيه تردد بل عن المبسوط موضع منه والتذكرة
والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة
ومجمع البرهان والمفاتيح اعتبار الجواز بل في المسالك انه انا اشترطنا رضى المحال
عليه وجوزنا الحوالة على البرئ فلا وجه للمنع اصلا لانه لو لم يكن على المحال عليه ذلك
الجنس نحو فاذا كان ورضى تعين الجواز بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة
لان الحوالة ان كانت استيفاء كما هو الظاهر فالاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع
التراضي وان كانت اعتياضا فكذلك لجواز المعاوضة على المختلف وليست معاوضة
بيع حتى يعتبر فيها التقابض حيث يعتبر فيه نعم قد نقول هنا مع جواز الحوالة على
البرئ ان الحق لم يتحول الى الدنانير وانما لزم المحال عليه للمحتال الدنانير وبقيت الدراهم
في ذمة المحيل فيعتبر في التقاص تراض جديد ومن احسن الآن الاول لحصول
التراضي سابقا بتحول الحق الى ما في ذمة المحيل وكالتسلط الذي هو بواسطة امضى
منعه بالتراضي ثم قال وقد تحرر من ذلك ان القائل بعدم صحة ذلك لا يتم له مط
الآن يقول بعدم جواز الحوالة على البرئ والا صحة الحوالة هنا الا انها تكون
كالحوالة على من لا دين عليه الا انها تقع باطلة لانها لا تنقص من تلك وان القائل بعدم
اعتبار رضى المحال لا يتجه القول هنا بالصحة سواء تحول الحق الى جنس المحال بمام
بقي كل واحد بحاله لتوقف كل واحد من القسمين على التراضي فان الاول استيفاء
من غير الجنس او معاوضة عليه والثاني حوالة على البرئ وكلاهما مشروطا بالرضا
ثم لو قصد بالحوالة تحول حق المحتال الى ما في ذمة المحال عليه اتجه القول بالجواز
من دون رضى المحال وسقط معه محذور التسلط الذي جعلوه مانعا انتهى كلامه
ونقلناه بطوله لانه اقصى ما قيل في المسألة ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة
بما ذكرناه من عدم افادة التراضي بعد فرض عدم اقتضاء مشروعية الحوالة
ذلك لعدم الدليل وما ذكرناه ايضا انها عقد مستقل براسه وان ثبت له بعض
احكام الاداء وبعض احكام المعاوضة الا ان ذلك لا يقتضي ترتب جميع احكامها
كما هو واضح واما ما ذكره من بناء المسألة على جواز الحوالة على البرئ فهو
خارج عن المقام قطعا ضرورة كون المراد الحوالة على نفس الحق المخالف لا الحوالة

تحقيق انيق وكلام رشيق

على من عليه الحق مع قطع النظر عن ذلك ودعوى مصيرها حوالة على البرئ مع
فرض قصد الجميع الحوالة على نفس الحق كما ترى وبهذا يظهر ان هذه المتعبة التي ذكرها
لا طائل تحتها وانما وجه المسألة هو اثبات صلاحية الحوالة لهذا التغيير والتبديل مدة
فبين جازم في الاول وجازم في الثاني ومتردد ولا ريب في مقتضى الاصول العدم ولو
للشك في ذلك لعدم الاطلاق الذي يوثق به فضلا عن غيره كما عرفته فضلا و
الاحتياط في ذلك غير خفي ولو بان يقلب حق المحتال الى الجنس ما عليه الحق بعقد
من العقود القابلة لذلك ثم يحيله عليه او بغير ذلك ولو احال على محال عليه فقبل
وادى ثم طالب باداه فادعى المحيل انه كان له عليه مال وانكر المحال عليه فالقول
قوله مع يمينه لان الاصل البرائة وح يرجع على المحيل بما اداه ورضا بعقد الحوالة
اعم من اشتغال ذمته للعرف من صحتها على البرئ بل في المسالك ومحكي جامع
المقاصد ومجمع البرهان انه كذلك حتى لو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال
عليه قال في الاول منها التساقط اصل البرائة وصحة العقد بالتعارض فيبقى مع
المحال عليه اداء دين المحيل باذنه فيرجع عليه ولا يمنع وقوع الاذن في ضمن الحوالة
الباطلة المقتضي بطلانها البطلان تابعها لاتفاقهما على الاذن وانما اختلفا في امر آخر
فاذا لم يثبت ما اختلفا فيه يبقى ما اتفقا عليه من الاذن في الوفاء المقتضي للرجوع
على ان في زوال الاذن الضمني بزوال ما يثبت في ضمنه بحثا يأتي تحقيقه ان شاء الله في الوكالة
المعلقة على قيد ان المتجه تقديم قول المحيل مع فرض اعتراف المحال عليه بالحوالة
المحمولة على الصحيح القاطع لاصل البرائة ولاقتضاء الرجوع بالاذن ضرورة كون
الاعتراف بها اعترافا بشغل الذمة اما مع عدم اعترافه بكون الواقع
الحوالة ولكن احال عليه باذنه سابقا او لاحقا فعن التذكرة ذلك ايضا لورود اصل
الصحة على اصل البرائة وانقطاعه به لكن قد يناقش بعدم اقتضاء اصل الصحة
شغل ذمة الغير الذي رضاه ليس من اركانها فهي ح صحيحة في حق المحيل والمحتال
فلو ادعى احدهما بطلانها كان القول قول مدعي الصحة منهما اما المحال
عليه فهو خارج عن اركان عقدها اذ القبول الذي قام به العقد من المحتال
لا منه فلا يقتضي صحتها فيما بينهما اشتغال ذمة الخارج وان قلنا باعتبار

مسئلة شريفة نقلنا بما تقدمها

بيان صحة الحوالة بمال الكتابة

رضاه وح فاصل البرائة سالم عن معارضة اصل الصحة الذي هو في حق المتعاقدين فيبقى فلعدم احترام مال المسلم الذي لم يتبرع باذهابه الّا ولو لا الاذن في ضمن الحوالة التي هي صحيحة في حق المحيل باطلة في حق المحال عليه وليس ذلك من بقاء الاذن الضمني بعد زوال ما ثبت في ضمنه المفروغ من بطلانه حتى في الوكالة المعلقة على شرط كما اوضحناه فيها ومما ذكرنا يظهر لك وجه النظر فيما ذكروه دليلاً للمسئلة والاولى تقريره بما قلناه ولعله اليه اوماء في جامع المقاصد في الرد على دعوى تعارض اصلي البرائة والصحة بقوله وسياتي عن قريب بيان عدم الاعتداد بهذا الاصل وعلى كل حال فقد يشعر قول المصنف وغيره فقبل الادآء كون الحوالة على البرئ كالضمان في عدم استحقاق الرجوع الا بالاداء لما عرفته في الضمان الذي يشبهها الفروض فلاحظ والله العالم وتصح الحوالة بمال الكتابة ولو المشروطة بعد حلول النجم لثبوته في ذمة المكاتب وهل تصح قبله قيل والقائل الشيخ على ما في المسالك لا يصح لجواز تعجيز نفسه فتنفسخ الكتابة وقد منعوا ذلك عليه كما تسمعه في باب الكتابة انشاء الله ومع تسليمه فاقصاه كون المال في ذمة العبد متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار وذلك لا يمنع الحوالة كما لا يمنع ضمانه نعم لو قلنا بعدم اقتضاء الكتابة ثبوت مال في ذمة العبد لعدم ذمة اختيار بذله وان وجب عليه اداء مال الكتابة الّا انه من التكليف لا الدين اتجه ح عدم صحة الحوالة به من غير فرق بين حلول النجم وسابقه بل المحكي عن الشيخ عدم الفرق بينهما ايضاً نحو ما سمعته في الضمان ثم انه في المسالك بعد ان اختار جواز الحوالة به مطلقاً قال فعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة لانها ليست في حكم الاداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها وانما فترقا بكون الحوالة لازمة وح فلو اعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة فعلم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لان المال صار لازماً للمحتال والبطلان طار ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة ولا يخفى عليك ما فيه من التفريع اولاً انكار كون التحويل بحكم الاداء ثانياً مع انه اعترف به فيما ياتي بانها تفيد ملك المال للمحتال مضافاً الى اعترافه سابقا

بانقضائها برائة ذمة المحيل مما عليه وبرائة ذمة المحال عليه مما كان للمحيل عليه لانها استيفاء او اعتياض وعلى كل حال فهي بحكم الاداء هنا وفي غيره بل لعلها كالضمان الذي اعترف بكونها اداء سابقاً او ولعل اعترف ايضاً بكونها كالاداء فيما لو احال العبد سيده كما ستسمعه وعدم بطلان الحوالة على مال الكتابة بعد فرض بطلان الكتابة ثالثاً فالمتجه تحرره بذلك بل بطلان عتق السيد ولو باعه السيد سلعة فاحاله بثمنها جاز لان حكم المكاتب بالنسبة الى ذلك حكم الاحرار من غير فرق بين سيده وبين غيره خلافاً للمحكي عن الشيخ فمنع جواز شرائه من سيده لجواز فسخ الكتابة المرجب على فرض صحة البيع استحقاق السيد على عبده شيئا بخلاف الاجنبي بل في المسالك نسبته الى الشيخ وجماعة وان كنا لم نتحققه بل في قواعد الفاضل انه الاقرب وهو كما ترى ولو كان لي المكاتب على اجنبي دين فاحال سيده عليه بجميع ماله من مال الكتابة الذي في ذمته صح لوجود المقتضي وارتفاع المانع ولانه اي المدين يجب عليه تسليم ما عليه من الدين لصاحبه ولمن يحيله عليه به وكان ذلك اداء منه موجباً لتحرره كما اعترف به في المسالك وغيرها سواء ادى المحتال عليه المال للسيد او لا بل لو افلس لم يتغير الحكم نعم لو كان ما احاله به دين متزلزل ففي نفوذ التحرير او مراعاته بعدم الفسخ اشكال والله العالم واما احكامها فمسائل الاولى اذا قال لمن له عليه دين احلتك بالدين الذي لك علي على مالي عليه من دين ونحو ذلك مما هو صريح في الحوالة فلا اشكال في تقديم قول مدعيها اما لو قال احلتك عليه و نحوه مما هو ليس صريحاً فيها فقبض فقال المحيل قصدت الوكالة وقال المحتال انما احلتني بما عليك ففي المبسوط ان القول قول المحيل لانه اعرف بما قصد بلفظه اذ لا يعلم الا من قبله مضافاً الى اصالة بقاء المال ملكاً للمحيل وبقاء حق المحتال في ذمته وتعارف عقد الوكالة بنحو ذلك كتعارف اسم التحويل على الوكيل الذي لا دين له خصوصاً اذا كان المراد الاذن في القبض له لا للموكل ولكن مع ذلك فيه تردد ومن ذلك ومن الاصل

بسم ع

المعول على ترجيح قول المحيل او المحتال

ارادة الحقيقة التي هي الحوالة بالمعنى المتعارف بخلاف الوكالة وان صح عقدها
به لكن بالقرينة ولو سلم بل في جامع المقاصد ومحكي التحرير ترجيح قول المحتال
لانه موافق للاصل المزبور الذي يجب حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينة
والا لزم الاغراء بالجهل بل لو قدح احتمال التجوز لقدح في جميع الابواب من
بيع او صلح واقرار ونكاح وغيرها فيكون ح قول المحيل مخالفا للاصل يكلف
بالبينة واما الاصلان المزبوران فيقطعهما ظاهر لفظ الحوالة المحمول على ذلك
بل لو سلم تعارض الاصول كان مقتضى البدكافيا في ذلك لان الغرض انه
قبض وفي المسالك هذا التوجيه حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة
لكنه محل نظر لان الوكالة لما كانت تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الاذن بطريق
الحقيقة وكانت الحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل ارادة تحويل
المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال فائدتها
تسليط المحال عليه او نقول ان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين
واما الكلام في المعنى الزائد على الاذن وهو تحويل الحق ثم قال وكون المراد منها
الحوالة بالمعنى المتعارف اظهر لا شبهة فيه لكنه لا يدل على مجازية الاخر لجواز
كونه من باب المشترك الذي يراد احد معانيه بقرينة والا فيرجع الامر الى
انه هل هو من باب الحقيقة او المجاز او من باب المشترك الذي دلت القرائن على
ارادة احد معنييه وتظهر الفائدة في كون الاخر حقيقة او مجازا وبواسطة
ذلك يختلف الحكم وحينئذ استشعر بان التبادر علامة الحقيقة وعدمه
علامة المجاز ولا ريب في تبادر المعنى المتعارف من لفظ الحوالة بخلاف الوكالة
المحتاجة الى القرائن واجاب بان هذه العلامة لا تتم في المشترك الذي
يتبادر الى الذهن احد معنييه مع القرينة مع انه حقيقة في الفرد الاخر
ايضا ثم استشعر بان الحوالة في الفرد المتعارف حقيقة شرعية وفي الوكالة
حقيقة لغوية وعند التعارض تقدم الاولى خصوصا مع اعتضادها
بالعرف المقدم على اللغة ايضا ثم اجاب بانها في الوكالة ايضا حقيقة شرعية
وان وافقتها اللغة وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة

يقتضي

٢٦

يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الاخر عن الحقيقة ثم
استشعر بان المعلوم اولوية المجاز من الاشتراك عند التعارض واجاب بمنع
ذلك اولا بل قد قال جمع من المحققين باولوية الاشتراك وبتسليمه ثانيا
ولكن اذا لم يثبت وقد اثبتناه ثم قال وحاصله انه وان كان الظاهر من معنيي
المشترك في المقام المعنى المتعارف الا انه يرجع الامر الى تعارض الاصل الذي هو
بقاء حق المحيل والمحال والظاهر فان قدمنا الاول كما هو الراجح في اسماء الاصحاب فالقول
قول المحيل كما اختاره المص وجماعة وان قدمنا الظاهر فالقول قول المحتال
الى غير ذلك مما اطنب فيه وهو كما ترى بل ما كنا نؤثر وقوع ذلك منه ضرورة انه
لم يذكر دليلا صالحا للاشتراك فان وقوع الوكالة بكل ما يدل على الاذن حقيقة ولفظا
وان الحوالة لا تقتضي ذلك كما ان دلالتها على الاذن للمحتال بطريق الحوالة كلف
ايضا للقطع بكونها اسما للعقد المخصوص ومن هنا لا يحتاج انشاؤه بها الى قرينة
تدل على ذلك واغرب من ذلك انكار التبادر علامة للحقيقة محتجا عليه بالمشترك
مع ان من المعلوم ارادة التبادر من حيث اطلاق اللفظ لا مع القرائن ولا ريب
في ان المشترك مع عدم القرينة يتبادر جميع معانيه وهو علامة كونه حقيقة
فيها وتبادر بعضها خاصة بالقرينة لا ينافي ذلك واغرب منه جميع ما ذكره
من الحقيقة الشرعية واللغوية والعرفية واغرب منه قوله تعارض الاصل والظاهر
مع ان المقام ظاهر لفظ لا يعارضه الاصل وبالجملة هو مع انه اطنب في ذلك لكن
بما لا ينبغي صدوره منه والتحقيق ما عرفت هذا كله مع القبض اما لو لم يقبض
ثم اختلفا فقال احلتك فقال بل احلتني ففي المتن ان القول قول المحيل قطعا
كما في القواعد لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرنا ضرورة ان
عقد الحوالة من العقود اللازمة المقتضية تملك المحتال المال المحال به وانعزال
المحيل عنه على وجه لو اراد ابداله لم يكن له لصيرورة ملك المحال على وجه اللزوم
ح فلا يتفاوت الحال بين القبض وعدمه لانه استيفاء يترتب عليه الملك
وان لم يحصل القبض الا انه لا ينكر ظهور قطع المص هنا وتردده في الصورة
السابقة في ان منشأ ذلك القبض وعدمه وكان الوجه فيه ما اومأنا

لو اختلفا مع عدم القبض فهل الترجيح للمحيل او المحتال

القطع

بيان انفساخ القرض السابق

اليه من تحقق ضابط المنكر في صورة القبض وهو ما لو ترك لترك وكونه صاحب يد من ذلك لتمام موافقة قول المحيل للاصول السابقة حصل التردد بخلاف صورة عدم القبض فانه لا يد له ولا الضابط المزبور فانحصر ضابط الانكار في المحيل وهو جيد ان لم يكن ثم ظهور فيما جرى بينهما من لفظ احلتك في الحوالة ولو لتعارف الاطلاق ونحو ذلك وانتفاء معقد الوكالة كان من المتعارف اطلاق التحويل على وكالة من لم يكن له دين على من عليه وخصوصا اذا كان المراد تحصيل ذلك له لا للموكل وان كان الارجح مع فرض عدم ظهور اللفظ تقديم قول المحيل الموافق للاصول ومن هنا قد يتوقف في الحكم على المحيل بشغل الذمة لو فرض كون النزاع بينهما في ذلك مع اتفاقهما على صدور اللفظ المزبور بينهما والبدو ضابط المنكر انما يجري مع عدم استناده الى التحويل المخالف للاصل كما هو المفروض نعم لو ان ابراز الدعوى بان يقول المحيل وكلتك والآخر يقول في جوابه لا حق لك عندي اتجه ح تقديم قوله عليه كما هو واضح ومن هنا يظهر لك ان القول قول المحيل على كل حال بعد فرض كون دعوى المحال انك احلتني وفرض عدم ظهور ما اتفقا عليه من جريان لفظ احلتك بينهما في الحوالة والقول قول المحتال تقديما لظاهر اللفظ القاطع للاصول بذلك ولو انعكس الفرض بان قال المحتال وكلتني وقال المحيل حولتك بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة بينهما فالقول قول المحتال عندهم سواء كان قابضا او لم يكن قابضا للموافقة للاصول لكن قد عرفت ان الارجح كون القول قول مرجحا للموافقة لظاهر اللفظ القاطع للاصول كذي هو الاصل ايضا على ذلك نعم لو لم يكن ثم لفظ قد جرى بينهما وادعى احدهما الوكالة والآخر الحوالة كان القول قول من نفى الحوالة ثم لا يخفى عليك انه ان قدمنا قول المحتال في المسألة الاولى فان كان قد قبض برئت ذمة المحيل منه بمقدار ما قبض لانه يزعمه قد قبض مقاصة قهرا او كذا برئت ذمة المحال عليه ان كانت مشغولة لثبوت الحوالة ظاهرا وان كان لم يقبض فله المطالبة ولكن هذا كله اذا حلف وان نكل حلف المدعي وبطلت الحوالة وان قدمنا قول المحيل ولم يكن قد قبض المحتال بطلت وكالته بانكاره بناء على اقتضاء ذلك بطلانها وحوالته بحلفه كذبه وهل له ان يطالب المديون ح بحقه لبقائه بزعمه كذبه ح في ذمته اولا لزعمه ان لا حق له على المديون

بالحوالة

بسطرع

بيان حكم تلف مال الحوالة بعد القبض

بالحوالة وان حقه على المحال عليه وجهان وان كان قد قبض وكان المقبوض باقيا فعليه تسليمه للمحيل ولكن الظاهر ان له مطالبة المحيل هنا لانه ان كان وكيلا فحقه باق على المديون وان كان محتالا فقد استرجع المحيل ماله ظلما فله الرجوع عليه وبذلك افترقت هذه الصورة عن صورة ما لم يقبض ولو كان المقبوض تالفا فان كان تلفه بتفريط او تعد ضمنه للمحيل ولكن يرجع عليه لما عرفت وان كان بغير تفريط ففي ضمانه وجهان ينشآن من انه وان كان وكيلا ظاهرا الا انه قبض المال لنفسه باعترافه وهو خيانة يضمن بها ومن انه اما وكيل بزعم المحيل فلا يضمن المال اذا لم يفرط او محتال فهو ماله وح فليس له مطالبة المحيل بحقه ظاهرا وان كان بزعمه بقاؤه لاعترافه باستيفاء حقه كما هو واضح واما ان قدمنا قول المحال في المسألة الثانية وحلف فان لم يكن قد قبض المال فليس له قبضه بناء على انعزاله عن الوكالة بذلك وله مطالبة المحيل بحقه وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه بعد ذلك للمحتال وجهان من اعترافه بتحول ما كان عليه للمحتال ومن ان المحتال ان كان وكيلا فاذا لم يقبض بقي حق المحيل وان كان محتالا فقد ظلم المحيل باخذ المال منه وما على المحال عليه حقه فللمحيل ان ياخذه عوضا عما ظلم به وان كان قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه ان كانت مشغولة على كل حال ثم ان كان المقبوض باقيا رده عليه وطالب بحقه وكان للمحيل اخذه مقاصة وفي المسالك في جواز تملكه له او وجوب رده على المحيل وجهان ماخذهما انه جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه واعترافه بانه ملك المحيل وانه المخير في جهة الاداء والاول اجود وفيه ان المتجه له بالحكم الظاهر ما ذكرنا كما هو واضح وان كان تلفا بتفريط او تعد فله مطالبة بحقه وان ضمنه للمحيل باعترافه بل له اخذه منه مقاصة بعد دفع حقه اليه وان لم يكن بتفريط لم يضمنه له وكان له مطالبة بحقه لكن في المسالك في ضمانه وجهان ماخذهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا فيده يد امانة وانه لا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان لان يمينه كانت على نفي ما يدعيه المحيل لا على اثبات ما يدعيه وفيه ان عدم ضمانه لاتفاقهما على عدم كون يده يد عدوان والاصل البراءة وان قدمنا قول مدعي الحوالة حلف وبرئ من دين المحتال وفي المسالك وكان للمحتال مطالبة المحال عليه اما بالحوالة او بالوكالة وعلى ما ياخذه اما قصاصا على

بكونه

زعم اولانه عين حقه كما اقتضاه كلام دفيه انه لا يجدي بد الظاهر بعدما اعترافه غير حقه ثم بناء على استحقاقه له باعتبار اخذ المحيل ما في ذمته عوضا عن ذلك توجه له المطالبة به كما تقدم نظيره في المسئلة السابقة مع ما يأتي ايضا من الكلام في مباحث الاتية و الا فلا وكفرض انعزاله عن الوكالة بانكارها المسئلة الثانية قال الشيخ في المبسوط اذا كان له على اثنين الف درهم وكل منهما كفيل ضامن عن صاحبه فطالب احدهما بالالف فاحاله بها على اخر برئ المحيل وصاحبه من الالف لان الحوالة بمنزلة المبيع المقبوض واذا قضى دينه برئ ضامنه واذا قضى ما ضمنه برئ من عليه الدين وهو المضمون عنه فيجب ان يبرئ صاحبه من خمسمائة التي عليه لانه قضاها ومن خمسمائة الضمان لانه قضاها عن المضمون عنه ثم يرجع عليه بخمسمائة الضمان ان ضمن باذنه والا فلا ولو كان له على رجلين الف ولرجل عليه الف فاحاله بها على الرجلين وقبل الحوالة كان جائزا فان كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه فاحاله عليهما لم تصح الحوالة لانه يستفيد مطالبة الاثنين كل واحد منهما بالالف وهذا زيادة في حق المطالبة بالحوالة وذلك لا يجوز ثم قال وقيل يجوز له ان يطالب كل واحد منهما بالالف فاذا اخذه برئ الاخر وهذا قريب واورد عليه في المختلف بان الضمان عندنا ناقل فاذا ضمن كل واحد منهما نصف الالف عن صاحبه فلا يخ المضمون له اما ان يرضى بضمانهما معا او بضمان احدهما خاصة ولا يرضى بشيء منهما فان رضي بهما معا او لم يرض بشيء منهما لم يكن له مطالبة كل واحد منهما باكثر من النصف اما على تقدير عدم الرضا فظاهر واما على تقديره فلانتقال ما في ذمة كل منهما الى الاخر فيبقى كما لو لم يكن ضمان وليس له على تقدير الرضا مطالبة كل منهما بالالف لان الضمان عندنا ناقل وانما تأتي المطالبة على قول المخالفين لان الضمان عندهم غير ناقل واما اذا رضي بضمان احدهما خاصة فانه يطالبه بالالف خاصة وليس له على الاخر سبيل قلت يمكن حمل كلام الشيخ على ارادة الكفالة من الضمان ولعله الى ذلك اشار المص بقوله اذا كان له دين على اثنين وكل منهما كفيل لصاحبه وعليه لاخر مثل ذلك فاحاله عليهما صح وان حصل الرفق في المطا

المسئلة الثانية

بيان حكم الحوالة على اثنين متكافلين

كلامي

٣٦

على معنى انتقال حق الكفالة بالحوالة ولا يقدح اقتضائها حقا لم يكن في الدين الذي على المحيل لاحلاله قائد لنهاوح للمحتال المطالبة بحق الكفالة الذي قد يؤول بتعذر المكفول منه الى المطالبة بالدين كما ستعرفه ان شاء الله ومن الغريب ما في المسالك فانه بعد ان ذكر نحوا ما سمعته من المختلف مقدمة للمسئلة قال قال الشيخ ذكر هذه المسئلة في المبسوط وحكم فيها بعدم صحة معللا بزيادة الارتفاق وهذا لا يتم الا على القول ان الضمان بمعنى الضم كما قد بيناه اذ على تقدير النقل لم يستفد زيادة ارتفاق بل يبقى الحكم كما كان مع ذلك فهو موضع نظر لان هذا الارتفاق لا يصلح للمانعية وكمعروف من مذهبنا هو النقل فالبحث كله ساقط والمص وافق الشيخ على تصوير المسئلة التي لا تتم الا على القول بالضم وهو لا يقول به وخالفه في الحكم وحكم بالصحة فيها على ان الرفق المذكور غير مانع بقوله وان حصل الرفق في المطالبة والظاهر ان المص يذكر المسئلة الا على وجه التفريع والتنبيه على ان ما حكم به الشيخ لا يتم وان بني على ذلك الاصل نظرا الى ان زيادة الرفق لا تمنع كما لو احال على من اكثر ملاءة واما ذكر الشيخ لها فهو بناء منه الى كونه الضم اذ لا يتم الا عليه والمص قد لوح في المسئلة بالخلاف في موضعين احدهما قوله على قول مشهور لنا والاخر على القول بانتقال المال كما بيناه عليه في موضعين او نحوه كما ترى لا ينبغي صدوره منه فان حمل كلام المص على ما ذكر مع عدم اشعار في شيء من كلامه بذلك اشبه شيء بالمعمى بل اعظم كما ان حمل كلام الشيخ على كون ذلك مذهبا له وان المص اشار الى ذلك بما سمعت من الذنب ينبغي الاستغفار منه على ان المذكور في كلام المص لفظ الكفالة التي لا داعي الى ارادة الضمان منها خصوصا بعدما اومأنا اليه من المنع بان الحوالة لم يثبت من الشرع مقتضى لها الا انتقال المال الى المحتال الغير فترتب تعدد المطالبة لانتقال حق الكفالة بها مع انه لم تنقل الا الدين الخالي عن ذلك مما يمكن الشك فيه باعتبار صورة ما وانه للمنع من تغيير جنس الدين ووصفه بما كما سمعته سابقا في اشتراط التساوي بل لعل المقام اولى باعتبار ان الكفالة قد كانت من حيث كون الاول صاحب الدين ولفرض حصول الوفاء له بالحوالة فلم تنفع الكفالة لانها لا تنتقل الى الاخر وكذا لو كان عليه رهن ولعله لذا

المسألة الثالثة

جزم في القواعد ويحكى عن التذكرة والحواشي وجامع المقاصد بعدم انتقال حق الكفالة لو انتقل الحق من المستحق ببيع او احالة او غيرها بخلاف الارث وان كان هو لا يخ من نظر خصوصاً مع التصريح بذلك وفرض رضى الكفيل ولعل ذلك كاف في تصور مسألة التن وان كان الاصح خلافه لان ذلك من مواقع الدين الذي ينتقل بالحوالة لا من آثارها ومقتضياتها بل لعل الرهانة ايضاً كذلك للاصل وغيره والله اعلم المسألة الثالثة اذا احال المشتري البائع مثلاً بالثمن كله او بعضه ثم رد المبيع بالعيب السابق او اللاحق في الثلثة مثلاً او بالاقالة او غير ذلك مما يقتضي الفسخ من حينه بطلت الحوالة عند الشيخ في المحكي من مبسوطه قيل واليه يرجع ما في الايضاح وجامع المقاصد وعن مجمع البرهان انه اقوى لانها تتبع البيع في ذلك وفي القواعد بطلت ان قلنا انها استيفاء فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارتفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحاً ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وان قلنا انها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب ولعله للتردد في ذلك قال الم وفيه تردد كما عن الارشاد بل قيل وكذا التحرير والتذكرة وغاية المراد وغيرها حيث لا يترجح فيها لكن قد يقوى ان اصالة اللزوم في عقدها واستصحابه يقتضي عدم البطلان وهي من توابع البيع بمعنى انها اقتضت الحوالة بالثمن الذي هو احد اركانه لا من توابعه في البطلان اذ هي عقد مستقل برأسه وان قلنا انها استيفاء لكنه بعقد لازم فلا ينفسخ بانفساخ العقد بخلاف ما لو كان بدفع ونحوه من حيث انه ليس عقداً مبنياً على اللزوم بل هو من توابع التملك بالبيع المفروض انفساخه فيتبعه بخلاف المفروض الذي قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع وهو الحوالة فلا وجه لانفساخها بانفساخه بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادرة ح بل الاقوى في ذلك عدم الفرق بين قبض المحتال وعدمه وان جعل النظر والاشكال فيما يحكى عن التحرير فيما اذا رد قبل القبض وح فللمشتري الرجوع على البائع خاصة بل لو كان قابضاً لا يتعين له المقبوض بل الظاهر ان للمشتري الرجوع على البائع وان لم يقبض لانها بحكم الوفاء بالنسبة الى ذلك وان استشكل فيه الفاضل في القواعد من ان الحوالة كالقبض ولهذا لا يحبس البائع بعدها السلعة ومن ان التقويم للمقبوض ولم يحصل حقيقة قال فيها ايضاً فان

٢ ما احيل به م

منعنا الرجوع فهل له مطالبة بتحصيل الحوالة اشكال من توقف مطالبته بحقه على ذلك ومن ان المال لغيره والناس مسلطون على اموالهم وهذا حاصل ما اطنبوا في وجهه ولكن مقتضى احد طرفي الاشكال الاول ذلك ان تعطيل حق المشتري اذا فرض توقف رجوعه على القبض الذي للبائع تأخيره وعدم المطالبة به لتسلط الناس على حقوقهم ومن ذلك يعلم ان ثبوت الرجوع له وان لم يقبض لانه اي الحوالة بحكم الاداء بالنسبة الى ذلك وليس له مطالبة المحال عليه لعدم المحول له هذا كله على تقدير الصحة وعلى تقدير البطلان فان لم يكن اي البائع قبض المال فهو باق في ذمته اي المحال عليه للمشتري لان المفروض انفساخ البيع وانفساخها وليس للبائع بعد ذلك قبضه فلو فعل لم يقع عن المشتري لبطلان الاذن له وذلك لبطلان الحوالة وان احتمل بقاء الاذن الضمني بعد بطلانها كالوكالة والشركة ولكن مع كون الحكم في المقيس عليه ممنوعاً كما تعرف في محله قياس مع الفارق وان كان قد قبضه فقد برئ المحال عليه للدفع بالاذن ويستعيده المشتري ح من البائع فليس له رده على المحال عليه بلا خلاف اجده بين من تعرض له لكن قد يناقش بان مقتضى بطلان الحوالة عود المال الى صاحبه فلا يتوجه للمشتري ح مطالبته به البائع هذا كله في المشتري البائع بالثمن اما لو احال البائع اجنبياً له عليه دين بالثمن على المشتري ثم فسخ بالعيب السابق او بامر حادث يقتضي الفسخ من حينه لم تبطل الحوالة بلا خلاف فيه من شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه لانها تعلقت بغير المتبايعين والاصل فيها اللزوم فهو ح كما لو اشترى بالثمن ثوباً فان فسخ البيع لا يقتضي استحقاق الثوب ولا فسخ عقد شرائه بل له مثل ثمنه او قيمته ولو ثبت بطلان البيع من اصله لا من حينه بطلت الحوالة من اصلها لا من حينه بطلت الحوالة في الموضعين لظهور عدم اشتغال الذمة وان قلنا بجواز الحوالة على البريء فان الغرض ارادة الحوالة عليه من ثبوت الثمن في ذمته فهي حوالة على ما في ذمته لا عليه كما هو واضح فالمال المقبوض ح باق على ملك المشتري وله الرجوع به مع تلفه على المحتال وعلى البائع والله اعلم

القسم الثالث في الكفالة بالفتح ولا ريب في انها من العقود الصحيحة بل في محكي التذكرة انها كذلك عند عامة اهل العلم ولكنها مكروهة بها هلكت القرون الاول وهي خسارة وغرامة وندامة والمعروف في

الثالث الكفالة

بيان عقد الكفالة وهل هي نفس او اثره

في تعريفها انها عقد شرع للتعهد بالنفس والبحث في انها نفس العقد او اثره وفي
خصوص الالفاظ والمعاطاة فيها على نحو ما تقدم في البيع وغيره وكذا اعتبار المقارنة
بين ايجابها وقبولها والعربية ونحوهما مما يعتبر في العقود اللازمة لكن في محكي
التحرير زيادة غالباً ولعله لصحة كفالة الاعيان المضمونة عنده والاعيان التي
يراد الشهادة على عينها عنده كما صرح به بعضهم فجوز كفالة الدابة والكتاب
وغيرهما للشهادة على اعيانها بل ربما احتمل ذلك في عبارة القواعد الآتية لكن
لا يخلو من نظر ومنع ضرورة الشك في تناول الادلة لمثله والاصل عدم ترتب الاثر
بل الظاهر اختصاص النفس بالانسان لا الدابة ونحوها وفي محكي التذكرة الضابط في ذلك
ان نقول ما على كفالة البدن التزام احضار المكفول ببدنه فكل من يلزمه حضور
مجلس الحكم عند الاستعداء او يستحق احضاره يجب الكفالة ببدنه ونحوه عن بعض
وظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه ولكن في القواعد تصح حالة ومؤجلة على
كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها او كفيل يدعي
عليه الكفالة او صبي او مجنون اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف
وبدون المحبوس لامكان تسليمه بامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس او عبد ابق او من
عليه حق لآدمي من مال او عقوبة قصاص الى ان قال ولا يصح حد الله تع ولا في
صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام وضمان الاعيان
المغصوبة فان رد برئ وان تلف ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب العدم لكون
المكفول دون الوديعة والامانة ويصح كفالة من ادعى عليه وان لم يقم البينة
بالدين وان جحد لاستحقاق الحضور والكفالة بدون البينة فقد يستحق احضاره
للشهادة على صورته ولكن لا يخفى عليك النظر في جملة من ذلك وعن فخر الاسلام
الكفالة في مذهبنا انما تصح ممن يشترط ان يكون على المكفول للمكفول له حق
شرعي والحق اما ان يكون ديناً او عيناً وقيل كل من يستحق احضاره الى مجلس
الشرع فانه تصح كفالته قلت فعلى الاخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد
الدعوى دون الاول وعلى كل حال فالمتيقن من مورد الكفالة التعهد
باحضار النفس المستحق عليها ذلك بسبب حق ولو دعوى للمكفول له عليها ثم

لا تقع في الحدود وللاجماع المحكي عن كره على ذلك ولقوله ص في المروي
من طرف الخاصة والعامة لا كفالة في حد وربما تسمع لمسائل الزبورة في المباحث
الآتية تتمة انشاء الله وتتم عقدها بالايجاب من الكفيل والقبول من المكفول له ومن
هنا لم يكن اشكال بل ولا خلاف في انه يعتبر رضاهما اي الكفيل والمكفول له بل
الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى معلومية عدم الالتزام بحق من دون
رضا الطرفين دون المكفول الذي هو بمنزلة المضمون عنه بالنسبة الى ذلك
عند المشهور بل عن التذكرة نسبته الى علمائنا العموم او فو بعد تناول اطلاق الكفالة
لذلك ولان غاية الكفالة هي احضار المكفول حيث يطلبه ومن المعلوم انه يجب الحضور
عليه متى طلبه المكفول له بنفسه او وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل الذي لا يشترط
في وكالته رضى الموكل عليه وقد بينا فيما مضى تناول الاطلاق الكفالة المحتمل اعتبار
رضى المكفول عنه في تحقق مسماها كرضى المكفول له وما في المسالك وغيرها من
انه على تقدير اعتبار رضاه ليس على حد رضى الآخرين بل يكفي كيف اتفق نحو ما سمعته
في الضمان عليه مجرد دعوى لا دليل عليها ولا استبعاد في دعوى تركيب عقدها
من قبول الاثنين مع الايجاب من الكفيل لا اقل من الشك في تناول الاطلاق فلا
يندرج في اوفوا والاصل عدم ترتب الاثر الكفالة ولعله لذا كان المحكي عن الشيخ
والقاضي وابن حمزة والديلمي اعتبار رضاه بل عن الفاضل في التحرير انه قواه
لا ما قيل من الاستدلال له بانه اذا لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم
يتمكن من احضاره فلا تصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور وهذا بخلاف
الضمان لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه في
الحضور اذ هو كما ترى مصادرة محضة مع انه رده في المسالك وغيرها بان
مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه وهو ممنوع لان المستحق
متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولاً اجماعاً وفائدة الكفالة
راجعة الى التزام الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه
لا يقصر عن توكيله وان لم يطلبه لا يجب عليه الحضور معه وان كان برضاه
وان كان قد بينا في معلومية زيادة حق في الكفالة على الوكالة التي هي

غير لازمة للكفالة اذ الظ انه متى تعلق حق الكفالة كان له احضاره لارادة البرائة من عهدته من دون طلب المكفول له كما عن التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وابن البراج المنوج الجزم به بل عن الكركي انه قطع وكان الذي اوقعه في ذلك ما في القواعد يجب على المكفول الحضور مع الكفيل ان طلبه المكفول له منه والا فلا ان كان متبرعا والا فكالاول مع ان المراد منها على الظاهر وجوب الحضور مع الكفيل وان لم يطلبه المكفول له منه اذا كانت الكفالة بالاذن نعم لو كانت تبرعا لم يجب عليه الحضور الا مع طلبه منه فهو موافق لما قلناه في القسم الاول واما الثاني فقد يناقش بانه متى صحت الكفالة لحقه تبرعا لحقه حكمها وهو وجوب الحضور مع الكفيل لو طلبه ولعله لان تكفيله يقتضي تسلطه عليه بالاحضار وان ذلك من احكامها شرعا لان التكليف بالاحضار يقتضي تكليفه بالحضور بل ربما يدعى ظهور ادلة الكفالة في ذلك فلا جزا وتامل واذا تقرر هذا الحصر وجه المسامحة في ان رضى المكفول شرط ينبغي مع الشك فيه بالاطلاق وانه من اركان العقد على وجه لا تتحقق الكفالة بدونه ولا اقل من الشك والاصل عدم ترتب الاثر ولعل الثاني لا يخلو من قوة ولا ينافيه من عدم اعتبار رضاه المحال عليه لو قلنا به ولا يمكن اعتبار رضى المضمون لامكان الفرق بتعارف الحوالة على مشغول الذمة بدون رضاه على وجه لا شك في صدق اسم الحوالة عليها عرفا بعلومية جواز التبرع بالوفاء عن المديون ولم يقم من الثاني قطعا كما لا تعارف في كفالة الغائب على وجه تندرج في الكفالة بحيث تدخل في اطلاقها فتامل جيدا وكيف كان فتصح حالة ومؤجلة على الاظهر بل لا خلاف في الثاني بل في الروضة انه موضع وفاق على معنى الكفالة الى شهر فيلزمه احضاره بعد الاشهر نحو الاجل في الدين ونحوه اما لو قال كفلته شهرا بمعنى التعهد به في ضمن الشهر فعن التحرير صحتها وسماها الموقتة ولعله لاطلاق الادلة وعلى المشروكي الاول بل عن السرائر انه حق اليقين خلافا للمحكي عن ظاهر الشيخين في المقنعة والنهاية وابن حمزة وسلار وعن القاضي واحد

فيه

حكم الكفالة حالّة ومؤجلة

قوله بل عن الآبي في كشف الرموز الجزم به لكن لم نعرف لهم دليلا نخرج به عن اطلاق الادلة المقتضي عدم الاشتراط كما قدمنا نظيره في الضمان بل قد تقدم عن ابن ادريس نادر كلامهم على وجه يرتفع الخلاف به كل ذلك نع لضعف القول به ودعوى ان الكفالة لا بد لها من فائدة فلو شرعت حالة لكانت خالية عن فائدة اذ للمكفول له ان يطلب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير حد تربص وذلك يكون عبثا لا حاصل لها واضح مع كل الاطلاق ويكون صحيحة مجازة واذا اشترط الاجل فلا بد ان يكون معلوما على وجه لا يحتمل زيادة ونقصا بلا خلاف نجده فيه بيننا بل الاجماع بقسميه عليه وفي القاموس وغيره من العقود اللازمة حتى القابل فيها للغرر كالصلح ونحوه وهو الحجة مضافا الى قاعدة الغرر بناء على عمومها لمثل المقام والاكان الاول الحجة فما عن بعض العامة من جواز الجهالة في الاجل هنا قياسا على العارية واضح الفساد بوجه بطلان القياس على انه مع الفارق بالجواز فيها واللزوم هنا وكيف كان فلا اشكال ولا خلاف في ان للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول عاجلا اذا كانت الكفالة مطلقة او معجلة وبعد الاجل ان كانت مؤجلة فان سلمه تسليما تاما بحيث يتمكن المستحق منه فقد برئ مما عليه من حق الكفالة وان لم يتسلمه منه سواء تمكن من الحاكم او لا على الاصح بل الظ عدم اعتبار الاشهاد في ذلك الا لارادة الاثبات لو انكر وان كان قد يتوهم ذلك من المسالك وغيرها لكن لا دليل عليه وان امتنع الكفيل عن ذلك كان له حبسه عند الحاكم بل وعقوبته عليه حتى يحضره او يؤدي ما عليه كما عن النهاية والسرائر والتحرير والنافع والارشاد واللمعة والروضة قال الصم في خبر عمار اتى امير المؤمنين برجل قد تكفل بنفس رجل فقال اطلب صاحبك وفي خبر الاصبغ بن نباتة قضى امير المؤمنين في رجل تكفل بنفس رجل ان يحبس وقال له اطلب صاحبك وفي خبر اسحق بن عمار عن جعفر عن ابيه ان عليا ع اتي برجل كفل برجل بعينه فاخذ بالمكفول فقال احبسوه حتى ياتي بصاحبه وفي خبر عمار بن مروان عن جعفر عن ابيه عن علي ع انه اتي برجل قد كفل

بيان حكم مطالبة المكفول له الكفيل بالمكفول على كلا التقديرين

بغير رجل فجيء فقال اطلب صاحبك الا انها كما ترى ليس في شيء منها التخيير
بين الاحضار والاداء كما هو ظاهر الجماعة المقتضي وجوب القبول على المستحق مع
بذله له بل الاول خاصة ومن هنا كان المحكي عن كره وغيرها عدم وجوب القبول
على المكفول له اذا ابذل الكفيل له الحق لعدم انحصار الغرض فيه اذ قد يكون
له غرض لا يتعلق بالاداء او بالاداء من غير المديون فلم يجب الزامه بالاحضار
خصوصا مما لا بدل له الحق المدعوّ او في ذي البدل الاضطراري كالدية
عوض القصاص ومهر المثل عوض الزوجة واختاره في المسالك والرياض ولكن
قد يناقش اولا بان مبنى الكفالة عرفا على ذلك بل هو المقصود من الكفالة قد
يعاد ثانيا بظهور قول الصادق ع في مرسل الصدوق الكفالة خسارة غرامة ندامة
كقوله في خبر داود الرقي مكتوب في التورية كفالة غرامة ندامة في اقتضائها
ذلك بل قد يشعر بذلك في الجملة حكم من اطلق غرم الاداء للقاتل عمدا لكن ينافي
ذلك كله ما تسمعه من تفسير جزء البقباق الا بين وثالثا بان الظ
اندراج التبرع بما يساوي الحق في الوفاء الذي يجب قبوله على المستحق
ان كان من غير من عليه الحق ودعوى اعتبار تشخيص المديون لذلك
وفاء مقتضى عدم احتسابه وفاء حتى مع الرضا من المديون وهو مخالف
للمقطوع به كدعوى اختصاص ذلك في حال التراضي التي لا مدرك لها
بالخصوص بل الثابت الاصدق وفاء الحق ووجوب قبول ذلك من باذله
من غير فرق بين المديون وغيره وح فله التبرع بالوفاء المقتضي سقوط
الحق الذي يسقط الكفالة بسقوطه وان لم نقل ان ذلك من مقتضياتها
ثم انما يتم ذلك في الدين ونحوه اما فيما لا بدل له او له بدل اضطراري
فلا يجب عليه القبول اللهم الا ان يقال في مقام حصول الضرر بالتخليد
بالحبس ونحوه ينقله الحاكم اليه او الى ما يقتضي اندفاع مثل هذا الضرر به
كما سنه يومئ اليه فحوى ما تسمعه في اطلاق القاتل وعلى كل حال
فما ذكره المص والجماعة لا يخلو من قوة ثم ان الكفيل يرجع على المكفول
بما اداه ان كان الاداء عنه باذنه وان كانت الكفالة بغير اذنه

بناء على مشروعيتها لا فرق بينها وبين الضمان بغير اذنه مع كون الاداء
باذنه ان الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات فيكون حكم الكفيل بالنسبة
اليه حكم الاجنبي فاذا اداه باذن من عليه فله الرجوع بخلاف الضمان المقتضي
انتقال المال الى ذمة الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الاذن في الاداء لانه كان
الاجنبي المديون في اداء دينه الا ان يراد منها الوكالة في الاداء عنه وان كان
كالدين على المودي للماذون ولا يرجع عليه مع عدم الاذن في الاداء وان كان
كفل باذنه اذا امكن مراجعته واحضاره للمكفول له ضرورة كونه متبرعا
بالوفاء ح لعدم اقتضاء الكفالة الاذن في ذلك على الحال المفروض نعم
اذا ادى مع فرض تعذر الاحضار ففي المسالك له الرجوع وان لم ياذن له
في الاداء لان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن فيها اذن في لوازمها وفيه انه
مناف لما سمعته منه ومن غيره سابقا من انها لا تقتضي الا الاحضار ولذا
لا يجب على المكفول له القبول اذا بذل الكفيل ومع فرض ان ذلك من لوازمها
يجب عليه القبول ضرورة كونه ح كالوكيل عن المديون في ذلك نعم قد يكون
له الرجوع بما ذكرناه من قاعدة لا ضرر ولا اضرار من حيث لزوم التخليد في
الحبس ونحوه للفروض كون المكفول سببا له بالاذن في الكفالة بل العلة عدة
احترام مال المسلم تقتضي به ايضا لعدم صدق التبرع عليه بذلك او لغير
ذلك مما لا يقتضي كونه من لوازم الكفالة ان لم نقل ان من مقتضياتها دفع
المال عن المكفول ولو في حال العذر للاحضار والا اتجه له الرجوع ح كما
ذكره فتامل جيدا والله العالم ولو قال ان لم احضره كان علي كذا لم يلزمه الا
احضاره دون المال ولو قال علي كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه
ما شرط من المال كما في القواعد ويحكى الارشاد ولكن يمكن ان يكون
المراد ان لم يحضره كما في النافع ويحكى النهاية والسرائر والتحرير
والتذكرة وحواشي القواعد واللمعة والمهذب البارع وكنز العرفان
والتنقيح بل هو ظاهر المحكي عن القاضي وابن حمزة بل في الاخير من
المحكي عن ايضاح النافع نسبته الى الاصحاب بل في المهذب في شرح

م... اجنب بينها ... رضوان ... (marginal note)

عبارة النافع ان المسألة اجماعية وفي جامع المقاصد في شرح عبارة
القواعد هذا مروي من طرق الاصحاب وقد اطبقوا على العمل به وفيه
ايضا ويحكي الحواشي بغاية المرام ان الفارق بين المسألتين الاجماع
والنص ولكن مع ذلك كله نظر فيه وفي المسالك بعد ان حكاه عن ابن فهد
والكركي قال المنع الاجماع في موضع النزاع فان احدا من الاصحاب لم يدعه
والموجود من كلامهم في المسألة جماعة يسيرة والباقون لا يعرف فيها ومع
ذلك فقد ذكر العلامة في المختلف كلام الشيخ ومن تبعه ثم قال وعندي
في هذه المسألة نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما مخالفا لما ذكره الشيخ و
الجماعة وقال ان كلام ابن الجنيد انسب وقد عرفت ان المص وحده فيها في
هنا وفي النافع والعلامة فيها وحده اربعة مذاهب فدعوى الاجماع بمثل
ذلك عجب وفيه ما لا يخفى عليك من عدم منافاة ذلك لحكاية الاجماع وان كان
هو كما ذكره محلا للنظر لكن ليس لذلك بل لما ستعرفه انشاء الله على ان ترك
المفيد من الشيخ والفاضل في بعض كتبهما مع احتمال ارادتهما له بقرينة
ذكرهما له في البعض الآخر لا ينافي الاجماع على اصل المسألة وقول الفاضل
ان قول ابن الجنيد انسب ليس قولا في المسألة وكذا الاحتمال المذكور عنه في
الجمع بحمل المال في احد الشقين على المال المكفول وفي الآخر على مال غير
ذلك التزم به الكفيل ان لم يحضره وكذا مناقشة في سند الخبرين الذين
هما الاصل في هذه المسألة احدهما خبر البقباق عن ابي عبد الله ع
سألته عن الرجل تكفل بنفس الرجل الى اجل فان لم يأت به فعليه كذا
وكذا درهما قال فان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه
ابدا الا ان يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم يأت
به الى الاجل الذي اجله وهو اما صحيح او موثق والثاني خبره الآخر
ايضا قلت لابي عبد الله ع رجل تكفل لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به
والا فعلي خمسمائة درهم على ما في التهذيب وفي الكافي ان جئت به
والا فعليك خمسمائة درهم وفيهما معا قال عليه نفسه ولا شيء عليه

من الدراهم فان قال علي خمسمائة درهم قال يلزمه الدراهم ان لم يدفعه
اليه وهو موثق ايضا بل في سنده ابان الذي هو من اصحاب الاجماع
وبذلك اكتفى جماعة من الاصحاب على الفرق بين المسألتين وقال ان كثيرا
من المسائل حكم فيها بما يخالف القواعد باقل من ذلك الا ان الانصاف استبعاد
التعبد في امثال هذه المسائل خصوصا في المقام الذي ليس فيه الا تأخير
الشرط وتقدمه مع انه آخر لفظا هو مقدم معنى بعد الاغضاء عن
اقتضاء التعليق البطلان وعن عدم صلاحية مثل اللفظ المزبور في المتن
وغيره من حصول عقد الكفالة او الضمان به ولولا ما سمعته من الاجماع
المزبور لامكن القول بان المراد من الروايتين بيان الفرق في عقد الكفالة
من الاقتصار عليه فقط وبين اشتراط اداء المال فيه مع عدم الاحضار
ففي الاول لا يكلف الا النفس ابدا وفي الثاني يغرم المال ان لم يحضره ويراد
من قوله الا ان يبدأ اظهار اشتراط الدراهم من بدء الامر بدوا اي ظهر كما
في الصحاح او من بدى فلان بالعداوة اي جاهر بها كما فيه ايضا اي الكفيل انما
يكلف باحضار النفس ابدا الا ان يظهر او يجهر باشتراط الدراهم ان لم يأت
به فح يكلف بها ان لم يحضره والتصرف في كتابة يبدأ بما يقتضي الاولية انما هو
من النساخ مع انه يمكن عليها ايضا ارادة هذا المعنى لا التقدم والتأخر وقوله
فان لم يأت به في الخبر الاول على جهة الاستفهام من السائل فلجابه بذلك
والخبر الثاني على ما في الكافي وبعض نسخ التهذيب منطبق ايضا على ذلك ضرورة
اشتراط الخمسمائة فيه الاول انما كان من المكفول له لا من الكفيل ومن المعلوم عدم
التزامه بذلك اذا لم يكن ذلك من الكفيل نفسه في عقد الكفالة ولذا قال ع في
جوابه انه قال هو علي خمسمائة درهم ان لم يأت به لزمه ذلك نعم انما جاء الاشتباه
في رواية بعض النسخ التهذيب والظاهر انه اشتباه من النساخ فان ما في
الكافي اضبط خصوصا مع اعتضاده ببعض النسخ التهذيب وشهادة الرواية
الاولى له وهذا معنى جيد في الخبرين ويشهد له ما تقدم من النصوص الظاهرة
في عدم تكليف الكفيل الا بالاحضار وانه يحبس على ذلك وهو معنى قوله

تدقيق انيق وتحقيق رشيق

هنا وهو كفيل بنفسه ابدًا كان الخبرين ظاهران او صريحان في وجود عقد
الكفالة بغير هذا اللفظ او بما ذكره على سبيل الاشتراط الذي يشمله عموم المؤمنون
عند شروطهم وليس هو بمعنى التعليق المقتضي لبطلان العقد وبذلك يصح بالشرط
المذكور والالتزام بالمال المذكور وان لم يكن هو على المكفول وان كان المتبادر
الى الذهن ارادة اشتراطه على الكفول ولعل هذا اولى من المحكي عن الكركي من
بيان الفرق بين المسئلتين بانه اذا قدم براءة ذمة المضمون عنه بقوله
على كذا امتنعت الكفالة ح لعدم حق له ح عليه فلا يلزمه الا بالمال بخلاف ما
اذا قدم الكفالة فانه يكون الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط
باطلا ولما فات الضمان صحة الكفالة اذ هو كما ترى مناف لما عرفته من
النص والاجماع المحكي وغيره من تقييد لزوم المال في صورة تقديم الضمان بعدم
الاحضار وانه مراد النص هنا وان ترك ذكره ومناف ايضا التعليق المقتضي
بطلان الضمان بل ولعدم براءة المضمون التي ذكرها وبنى عليها بطلان الكفالة
بل ومناف لما هو ظاهر الخبرين او صريحهما من حصول عقد الكفالة اولا بغير اللفظ
المزبور بل يتم ايضا بناء على ان المسئلة اعم من كون المكفول على مال وغيره
من قتل وزوجية وغيرهما مما لا الضمان وعلى تقديره فما جعله الضامن عليه
من كذا في الاولى وخمسين في الثانية وطلقا في كلام الجماعة اعم من كونه
مساويا للحق الذي على المكفول وزائدا وناقصا ومماثلا له في الجنس و
مخالفا والضمان لا يدعي لا يتم الا في قليل من هذه المسائل بل فيه ايضا
انه ليس في العبارة المذكورة في المتن وغيره من كتب الجماعة لفظ يدل
على الكفالة صحيحة شرعا وانما الموجود فيها ضمان معلق على شرط تقدم
او تأخر واما الكفالة فهي مجعولة شرطا اذ مجرد ذلك لا يكفي في عقد
الكفالة ولو قيل انه اتى قبل ذلك بلفظ يدل عليها فتقدير مثل
ذلك مبطل للفرق الذي ادعاه بين المسئلتين الى غير ذلك مما لا يخفى
واولى ايضا مما حكاه فخر الدين عن والده من حمل الرواية على انه التزم
في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان دينار فقال ان لم احضره

كلام صدر الشريعة الثانية

فعلي عشرة دنانير فانه لا يلزمه المال اجماعا لانه التزام بما ليس عليه
اما الثانية فانه التزم بما عليه وهو الدنانير مثلا وكانه قال علي
الدينار الذي عليه ان لم احضره اذ لا يخفى عليك ما فيه من المنافاة
لاطلاق المال في الصورتين المتقاربتين بل مقتضى تعريفه الدراهم في
قوله الا ان ح كون المراد الدراهم الاولى لانسياق العهد منه كما في نظائره
على ان الرواية الثانية قد اخذ فيها لفظ الخمسين في الصورتين واولى ايضا مما ذكره
المقداد مستحسنا له قال ايضا لانه لم يذكره احد من الاصحاب وهو ان المراد من الاولى
الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزامه بالمال ان لم يات به وذلك يقتضي
صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال لم يلازم الكفالة لما تقدم من ان
مقتضاها الملازم لزوم المال للكفيل ان لم يات به واما الثانية فانها تشتمل على
ضمان معلق على شرط والشرط متاخر فهي اما مبنية على جواز الضمان المعلق على
شرط او ان البطلان ثم بقوله علي كذا والشرط بعد مناف له فلا يلتفت اليه لانه
كتعقيب الاقرار بالمنافي اذ لا يخفى عليك ما فيه ايضا فانه مع ابتنائه على ارادة خصوص
ما على المكفول من المال لا وجه للحكم بصحة الضمان المعلق عندنا كما انه لا وجه
لقياس ذلك على تعقيب الاقرار بالمنافي واولى ايضا مما في المسالك فانه بعد ان
اطنب في ذكر وجوه الفرق وافسادها قال اذا تقرر ذلك فنقول الذي يقتضيه
ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين وتعقبها ما ذكر
من الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الى قسمين فان التكفل
اذا اطلق يحمل على معناه الشرعي وانما يتم بذكر لفظ بوجهه وقوله فان لم
اما ان يحمل على كون المكنى عنه هو الحق المكفول لاجله عملا بقرينة مقتضى
الكفالة وح فلا اشكال في الاولى فانه يصير كفيلا وما ذكر بعد الكفالة
غير مناف ثم ان عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال ايضا ان لم يات به الى
الاجل وح فلا فرق بين الصيغتين لاتحاد الحكم فيهما ويكون الاستثناء منقطعا
اذ لم يحصل به اخراج فكانه بين ان الحكم كذا ان قدم الدراهم او اخرها
وبقي قوله في الرواية الثانية عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم

ناظرًا الى نفس حكم الكفالة لا الى ما يترتب عليه عند الاخلال بالاحضار
وان لم نعمل بمفهوم الشرط اشكل الفرق بين الكلامين بما تقدم ولما ان يحمل
المال الملتزم على ما هو اعم من الحق فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه ما
التزمه ان لم يأت به في الموضعين باعمالهم مفهوم الشرط في الاول والتصريح
في الثانية ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص
والزوجية ثم على تقدير كون المال مجانسًا للمكفول لاجله ينبغي الحكم باحتسابه
نظرًا الى اقتضاء الكفالة ذلك ولو كان مخالفًا احتمل رده اليه بالقيمة ايضًا
وان لم تكن الكفالة لاجل مال فهو التزام وتبرع محض واطلاق الرواية يقتضي
صحة وعلى ما قررناه فمخالفة الرواية للاصول ليست كثيرة عند
اطلاقها ولو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود وان بقي في عبارة
الرواية قصور في البلاغة حيث اتحد الحكم في المسئلتين مع كونه قد ردد

اعتذار في ضمن سؤال وارد على الرواية

بينهما الا انه اسهل من مخالفة الاصول بغير موجب ومع هذا فاثبات
الاحكام الخارجة على تقدير العمل باطلاقها لا يخلو من بعد لقصور
الرواية عن اثبات مثل هذه الاحكام ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف
لو اطرحنا امثال هذه الروايات التي هي من شواذ الآحاد انتهى الا انه كما
ترى من غرائب الكلام بل لا يساهل بدوا ولعل الذنب اوقعه في ذلك
اسائة الادب في هذه المسئلة مع الشيخ الذي به حفظ الحلال والحرام
وما كنا لنؤثر ان يقع هذا من مثله والله الموفق والمؤيد والمسدد
وقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا ان نظر الجميع في هذا الحكم المزبور الى الخبرين
المزبورين الذين يغلب الظن بارادة ما ذكرناه منهما وتبعه ح الظن
بضعف الفتوى بخلافه للعلم بكون منشأها الفهم من الرواية كذكره
في الخبر بيان الفرق بالتقدم والتاخر والاختلاف في الخبر المروي في التهذيب
ومن ذلك يضعف الظن بصواب الاجماع المحكي المحتمل لارادة اتفاق
المتعرضين لهذا الحكم من الاصحاب الذي يجوز الوهم عليهم في
الخبرين المزبورين فصارت مثله للحكم المزبور المستبعد بناؤه على

الغير

الغير المحض فلاحظ وتامل هذا وفي المختلف بعد ان حكى عن الشيخ والحلي
ما سمعت قال وعندي في هذه المسئلة نظر ثم حكى عن ابن الجنيد انه اذا
قال الكفيل للطالب الحق مالك على فلان فهو علي دونه الى يوم كذا وانا كفيل بنفسه
صح الضمان على الكفيل بالنفس والمال ان لم يؤده المطلوب الى الطالب الى
ذلك الاجل وسواء قال له عند الضمان ان لم يأتك به او لم يقل له ذلك
فان قدم الكفالة بالنفس وقال انا كفيل لك بنفس فلان الى يوم كذا فان
جاءتك بما لك عليه من الف درهم والا فانا ضامن للالف صحت الكفالة بالنفس
وبطل الضمان للمال لان ذلك كالقمار والمخاطرة وهو كقول القائل ان طلعت
الشمس فما لك على فلان غريمك وهو الف درهم علي الذي قد اجمع على ان
الضمان لذلك باطل ثم قال وقول ابن الجنيد انسب ثم لكن لا يخفى عليك انه
قريب ايضا من قول الجماعة عند التامل ومن اطلق غريمًا من يد صاحب الحق

حكم من اطلق غريمًا من يد صاحب الحق

او وكيله قهرًا ضمن احضاره او اداء ما عليه كما صرح به غير واحد بل
في الرياض نفي الخلاف فيه على الظاهر بل عن الصيمري الاجماع عليه لقاعدة
لا ضرر ولا ضرار وفحوى ما تسمعه في القاتل ولما في المسالك ومحكي كره
وغيرهما من انه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه
اعادتها او اداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه وان كان هو كان له ان لم
يرجع الى ما ذكرنا او الى وجه او الى دعوى شمول على اليد ما اخذت حتى
تؤدي لمثل ذلك ولكن لا يخفى عليك ان مدرك الحكم ان كان ذلك ونحوه ينبغي
عدم الفرق فيه بين الصبي والمجنون وغيرهما ولعل ذلك هو مقتضى ما في المتن
وغيره من التعبير بمن اطلق الشامل لذلك ونحوه من خطاب الاسباب الا ان
الانصاف عدم تنقيح في كلامهم لمثل ذلك كعدمه بالنسبة الى غير ذلك من
تفويت استيفاء الحق بتخويف ونحوه وينبغي الاقتصار على محل اليقين او ما كان
في حكمه ولو بظاهر الدليل المعتبر فيما خالف اصل البرائة وغيرها ثم لا يخفى
عليك ان الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة اطلق عليه اسمها والا
فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعًا ضرورة عدم العقد فيه ولحظ

كون التخيير المزبور على نحو ما سمعته في الكفالة بمعنى ان له التبرع بالاداء
فداء عن الالزام بالاحضار ويلزم المستحق بالقبول وليس له اقتراح الاحضار
فان الضرر يتخير بذلك او مع التراضي لكن في المسالك ينبغي ان يكون الحكم هنا كما
سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان لا ان
يفوض التخيير اليه وفيه انه لا دليل على ذلك بل اصل البراءة يقتضي خلافه في
القاتل انما هو في العهد الذي كان الحق فيه القصاص وقاعدة الضرر لا تقتضي
ازيد من التخيير المزبور ومن هنا لم اجد غيره ممن تقدم عليه ذكر ذلك هنا
حتى ممن عين الاحضار في الكفالة نعم ليس له الرجوع عليه بما ادى اذا لم
يكن الاداء باذنه كما صرح به غير واحد للاصل وغيره لكن قد يقوى
بالرجوع اذا كان الاطلاق بالاذن لقاعدة لا ضرر واحترام مال المسلم و
الاحسان وكون الاذن في الملزوم اذنا في اللازم ونحو ذلك بل في محكي التذكرة
ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص او مال واخذنا المال من الكفيل
كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصا ويمكن ارادته ما ذكرنا
ولو اطلقه من يد الكفيل كان له الرجوع عليه باداءه عنه ضمن ايضا احضارا
او اداء ما عليه على الوجه المزبور بل لو اطلقه منه قبل ادائه عنه فكذلك
ايضا ولو كان المطلق قهرا قاتلا عمدا الزمه احضاره او دفع الدية مع التعذر
ولو بموت بلا خلاف اجده فيه ايضا بل عن الصيمري الاجماع عليه للصحيح او الحسن
عن ابي عبد الله عليه السلام سألته عن رجل قتل رجلا عمدا فرفعه الى الوالي فدفعه
الوالي الى اولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلوا القاتل من ايدي
الاولياء فقال ارى ان يحبس الذين خلصوا القاتل من ايدي الاولياء
حتى يأتوا بالقاتل قيل فان مات وهم في السجن قال فان مات فعليهم
الدية يؤدونها جميعها الى اولياء المقتول ومنه ارادة ذلك من التخيير
المزبور في المتن وغيره نعم لو كان القتل موجبا للدية على المطلق اتجه
التخيير المزبور على الوجه الذي تقدم ولو هرب القاتل عمدا واستمر
فاخذت الدية من المطلق ثم تمكن الولي من ردها الى صاحبها وان لم

بيان حكم القاتل عمداً لو اطلقه قاهر

ال
يقبض منه لان وجوبها قد كان للحيلولة المفروض زوالها وعدم القتل مستند
لاختيار المستحق لكن في محكي التحرير اذا احضر القاتل اهل يقتل ويستعيد الدافع من الاولياء
فيه اشكال وهل له الزامه بما ادى على تقدير استيفاء جواز مثله فيه نظر وفيه ما
لا يخفى بعد فرض كون الدفع اولا للحيلولة لا لاسقاط الحق والا لم يكن لهم قتله
بل ولا رجوع عليه بما ادى الا مع الاذن في الاطلاق فان فيه ح ما عرفت والى
ذلك يرجع ما في القواعد لو كان قاتلا لزمه الاحضار او الدية فان دفعها
ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما اخذه وجوبا وان لم يقتل و
لا يتسلط الكفيل الا لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص
ولا بد من كون المكفول معينا كما صرح به الفاضل وغيره فلو قال كفلت احد هذين
لم يصح وكذا لو قال بزيد او عمر لم يصح ايضا وكذا لو قال كفلت بزيد فان لم آت به
فبعمرو بل في الثالث التعليق وهو مانع من صحة الكفالة كما عرفته غير مرة من منافاته
للتسبيب الظاهر من الادلة فاشكال الفاضل فيه في القواعد في غير محله وفيه
ايضا اشتراط ما يعود على الكفالة بالنقض فلا اشكال في بطلانه كما لا اشكال
في البطلان في السابقين مع ارادة الابهام المانع من تعلق العقد لعدم المورد له
اما الابهام التخييري فظاهر الاصحاب وغيره منعه ايضا لكن قد يناقش بان مقتضى الاطلاق
جوازه بعد عدم ما يقتضي عدم قابليته حق الكفالة لذلك فيصح ح ويبرأ بتسليم احدهما
ويجبر الان يحضر احدهما او يؤدي عنه ولعله في هذا القسم توقف الاردبيلي
في المحكي عنه وهو في محله الان يثبت ما يقتضي عدم قابليته حق الكفالة لذلك
وانه كالملك الذي لا يقبل مثل هذا ويلحق بهذا مسائل الاولى قال في المحكي المبسوط
اذا احضر الغريم قبل الاجل وجب على المكفول له تسلمه اذا كان لا ضرر عليه
وكذا غير المكان المشترط ونحوه عن القاضي ولكن لو قيل لا يجب كان اشبه باصول
المذهب وقواعده المقتضية عدم وجوب قبول غير الحق بل لعل مصلحة الاجل
والمكان مشتركة بينهما واختاره الفاضل وغيره وهو جيد حيث يكون
اشتراط الاجل والمكان حقا لهما اما اذا كان حقا للكفيل واراد اسقاطه
كان الاجود الاول كما تقدم نظيره في الدين المؤجل ولعله الى ذلك نظر

اشتراط تعيين المكفول

مسائل الباب الاول

المسئلة الثانية

التسخيره ولو سلمه وكان ممنوعاً من تسلمه بيد قاهرة مثلاً لم يبرأ الكفيل
لعدم تمامية التسليم الواجب عليه بانصراف اطلاق الادلة ولو كان المكفول محبوساً
في حبس الحاكم العادل وجب تسلمه لانه متمكن من استيفاء حقه منه ضرورة انه
يرفع امره اليه يخرجه من الحبس او يطالبه وهو فيه فيهما امره معه ولو بان يحبسه
على الحقين معاً وليس كذلك لو كان في حبس ظالم للغلبة عدم التمكن من استيفاء الحق
معه ولو فرض امكانه وجب تسلمه كما انه لو فرض عدم امكانه في الاول لم يجب
تسلمه وان كان في حبس عادل كما هو واضح المسئلة الثانية اذا كان المكفول غائباً
في محل معلوم متجاوز مسافة القصر وكانت الكفالة حالة وطولب منه المكفول
له انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب والعود به وكذا لو كانت مؤجلة اخر بعد حلولها
وطلبه منه بمقدار ذلك بلا خلاف اجده في شيء من ذلك بل عن التذكرة عليه
عامة اهل العلم ضرورة اقتضاء وجوب الاحضار الذي هو مقتضى الكفالة ذلك
ذلك والا كان تكليفاً بغير مقدور نعم في المسالك ومحكي التذكرة ومجمع البرهان انما
يجب عليه الاحضار عند امكانه اما اذا لم يمكن كما اذا كان غائباً غيبة منقطعة
لا يعرف له موضع ولا خبر لم يكلف احضاره لعدم الامكان ولا شيء عليه لانه
لم يكفل المال بل قيل انه ظاهر كتابي ابن ادريس لكن في القواعد لو هرب المكفول او غاب
غيبة منقطعة فالاقرب الزام الكفيل بالمال او احضاره مع احتمال براءته
ويحتمل الصبر وعن جامع المقاصد ان الاول اصح لان مقتضى الكفالة احضار
الغريم او اداء ما عليه من المال والاصل بقاء ذلك الى ان يحصل المبرئ وهو
سقوط الحق او موت المكفول وان الكفيل وثيقة على الحق كالرهن فاذا تعذر
استيفاء الحق من جهة من عليه استوفي من الوثيقة وهذا وان كان مبنياً على
اقتضائها التخيير مطلقاً الذي قد عرفت البحث فيه او اداء المال عند تعذر
الاحضار الذي قد ذكروه في رجوع الكفيل على المكفول اذا ادى لكن قد
يقوى على القول باختصاص مقتضاها في الاحضار بعدم اعتبار امكانه
بعد ان كان في حد ذاته من الممكنات لانه هو الذي اوقع نفسه في ذلك
فيكلف به ويحبس عليه ولو لان يفدي نفسه باداء ما عليه ليتخلص من ذلك

كما هو مقتضى النصوص فيه ومن ذلك يظهر لك الحال فيما لو فرط الكفيل في
احضاره بعد مطالبة المكفول له وان كان متمكناً منه فهرب او غاب غيبة منقطعة
على وجه يتعذر احضاره او هرب به هو ضرورة اولوية لزومه بالمال وان حكي
عن التذكرة وجوب المال ان اوجبناه بها والا فاشكال ونحوه في جامع المقاصد و
لو كان غائباً حين كفل فالحكم في احضاره كالمغائب بعد الكفالة وعن جامع المقاصد
لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه او في حبس ظالم لا يمكن تخليصه وجب الصبر
الى زمان امكان احضاره ولو رجي تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه ولو
احتاج الى بذل مال فاشكال وكانه مناف لما سمعته منه سابقاً والتحقيق
في ذلك كله ما عرفت المسئلة الثالثة ذكر غير واحد من الاصحاب بل لا اجد فيه
خلافاً انه اذا تكفل بتسليمه مطلقاً انصرف الى بلد العقد وهو وان سلم فيما اذا
كان العقد في بلد المكفول له او بلد قراره اما اذا كان في برية او في بلد غربة
قصدها مفارقته سريعاً بحيث تدل القرائن على عدم ارادته ففي المسالك
اشكل انصراف الاطلاق اليه وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم الا انهم لم يذكروا
هنا خلافاً وفيه ان ذلك ليس محل شك ولا يحتمل ارادتهم اذ الغرض حصول
القرائن الدالة على عدم ارادته نعم قد يشك فيما اذا لم تكن قرينة حتى اذا كان
بلد العاقد وقد تقدم الكلام سابقاً على نحو ذلك في كتاب السلم وغيره نعم
لا اشكال ولا خلاف في انه ان عين موضعاً لزم لقاعدة المؤمنون وغيرها
فلو دفعه في غيره لم يبرأ اذا لم يتسلمه المكفول له لعدم كونه تسليماً
تاماً وقيل والقائل الشيخ والقاضي كما عرفت اذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسلمه
ضرر وجب تسلمه وفيه تردد بل منع للاصل مما سمعته في الاجل فيما اذا فرض
كون مصلحة الشرط للكفيل وقد اسقطها المسئلة الرابعة لو اتفقا اي
الكفيل والمكفول له على وقوع الكفالة ولكن قال الكفيل لا حق لك الان عليه
لاداء او ابراء او غيرهما كان القول قول المكفول له بيمينه لاصالة بقاء الحق
وكذا لو قال له لا حق لك حال الكفالة ولو دعوى كان القول ايضاً قول
المكفول له بلا خلاف اجده فيه لان الاعتراف من الكفيل بوقوع الكفالة

المسئلة الثالثة

المسئلة الرابعة

يستدعي ثبوت حق فيكون هو مدعي الفساد والمكفول له يدعي الصحة ولا ريب في ان
قول مدعي الصحة لاصالتها بل عن مجمع البرهان ان القول قوله بلا يمين وان كان
هو خلاف ما صرح به غيره من دون خلاف بل خلاف قولهم البينة على المدعي
واليمين على من انكر وعلى هذا فاذا حلف المكفول له وتعذر الكفيل احضار
الغريم فهل يجب عليه اداء المال من غير بينة احتمال في المسالك ومحكي
التذكرة ولكنه واضح الفساد ضرورة اعمية ثبوت صحة الكفالة من ثبوت
الحق على المكفول نعم لو اقام المدعي البينة بالحق كان اغرام الكفيل على الوجه
الذي تقدم سابقا لكن لا يرجع به هنا على المكفول لاعترافه بعدم
كونه كفيلا شرعا منه وانه مظلوم ولكن اذا لم يعلم فساد دعوى المكفول
له امكن الرجوع بما اغرمه على ما في ذمة المكفول مقاصة لانه قد صار
عوضا عما اداه اما لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعا كما هو واضح

المسألة الخامسة اذا تكفل رجلان برجل مثلا دفعة او مرتبا برجل فسلمه احدهما
لم يبرأ الآخر عند الشيخ وابن حمزة والقاضي فيما حكي عنهم فان هرب منه ح
كان له الرجوع على الثاني ولكن لو قيل بالبرائة لكان الاصل وكون الكفيلين كا
الرهنين الذين اذا فك احدهما لم ينفك الآخر حسنا بل في القواعد وغيرها
من كتب الجماعة انه الاقرب لان الغرض تسليمه وقد حصل حتى لو سلم نفسه او
سلمه اجنبي برئ لحصول الغرض والظاهر ان محل البحث في التسليم عن نفسه
اما لو قصد التسليم عن صاحبه فلا اشكال في برائة صاحبه وان بقي
هو عند الشيخ وعلى كل حال فما ذكره المص والجماعة جيد ان كان المراد
من كفالتهما الاحضار الواحد ولو على وجه يكونا معا فانه لا اشكال
في برائة كل منهما باداتهما متدافعة وباداء كل واحد منهما اما اذا كان
المراد في كفالة كل واحد منهما الاستقلال على وجه لو اسقط المكفول
له حق الكفالة من احدهما باقالة ونحوها لم يسقط عن الآخر فلا
يخلو كلام الشيخ من قوة ح الا اذا قصد تسليمه عن صاحبه فانه
يبرأ صاحبه ولكن هو لا يبرأ كما عرفته سابقا والظ تعدد الحق بتعدد

الكفيل

٢٠

الكفيل اذا لم تكن قرينة على ارادة الاول ودعوى اتحاد حق الاحضار لا يقتضي عدم تعدد استحقاقه
من وجوه عديدة ولو تكفل لرجلين برجل ثم سلمه الى احدهما لم يبرأ من الآخر بلا
خلاف ولا اشكال بل قيل انه كذلك عند العامة فضلا عن الخاصة

المسألة السادسة
اذا مات المكفول برئ الكفيل كما على الشرائع كما عن التنقيح بل في الرياض نفي الخلاف فيه بل
في محكي التذكرة بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شئ عند علمائنا بل عن الغنية الاجماع
عليه قيل لانه تكفل ببدنه على ان يحضره وقد فات بالموت ولانه قد سقط
الحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل وفيهما ما لا يخفى نعم قد يقال ان المتبادر انما
هو الاحضار في حال الحيوة او ان ذلك هو المتعارف بين الناس فيحمل الاطلاق
عليه او لمعلومية كون المراد من الكفالة الاحضار مقدمة لتحصيل الحق المعلوم
انتفاؤه بالموت بل قد يدعى بناء شرعيتها مثلا على ذلك بحيث لو صرح بخلافه لم
تصح ومن ذلك يحتمل الحاق غير الموت به اذا كان بحيث يخرج عن قابلية
الحق تحصيل الحق منه بجنون ونحوه هذا ولكن في ذلك يمكن الفرق بين ان يكون
قد قال في عقد الكفالة كفلت لك حضور بدنه او حضور نفسه او حضوره

بيان برائة الكفيل بموت المكفول
فيجب في الاول احضاره ميتا ان طلبه منه والا فلا ويبني الثاني على ان الانسان
ما هو فان كان الهيكل المحسوس فكذلك والا فلا وفيهما لا يخفى بعد ما عرفت
من بناء شرعية الكفالة وتحصيل الحق على ذلك فلا مدخلية للعبارة ح نعم
لو كان المراد منها الشهادة على عينه وصورته اتجه ح صحتها والالزام باحضاره
ميتا بناء على صحة الكفالة في ذلك كما سمعته سابقا من الفاضل في القواعد
ولعله لذا قيد الحكم المزبور هنا في القواعد بغير شهادة على عينه بل في المسالك
تبعا للمحقق الثاني عدم الفرق في ذلك بين كونه قد دفن او لا لان ذلك مستثنى
من حرمة نبشه سواء قلنا بجوازه للمال وعدمه ولو فرض تغيره على وجه
لا يمكن الشهادة على عينه لم يجز احضاره لانتفاء الغرض ح وبذلك يظهر لك النظر
فيما في القواعد من خروج الكفيل على احضاره للشهادة على عينه عن العهدة
بالدفن ان حرمنا النبش لاخذ المال ضرورة عدم تفريع ذلك عليه
فان الشهادة على عينه من مستثنيات النبش سواء قلنا بجوازه لاخذ المال

حكم برائة الكفيل لو سلم المكفول نفسه

وعدمه وقد تقدم في كتاب الجنائز البحث عن هذه المسائل ولو انه بناه على جواز
نبشه للشهادة على عينه كان اولى كما انه لا يخفى عليك التطرق الى اصل صحة
الكفالة في ذلك للشك في تناول ادلتها لمثله ولو كان موته بعد مماطلة
الكفيل باحضاره فقد يظهر من اطلاقهم اتحاده في الحكم لكن لا يخلو من نظر
بل لولا الاجماع لامكن القول بعدم بطلانها مطلقا بل لم يحل اصل الحكم من نظر بناء على اقتضاء الكفالة التخيير بين
الاحضار والمال وانه اذا تعذر الاول لم يبق الآخر هذا كله في موت المكفول
اما موت الكفيل فلا اشكال في بطلان الكفالة به بخلاف موت المكفول له
فان الحق ينتقل الى وارثه لعموم ادلة الارث بعد اصالة بقاء الحق بل قد ذكرنا
سابقا في الحوالة احتمال انتقال حق الكفالة بانتقال الدين ببيع او حوالة
ونحوهما وان صرح الفاضل في القواعد وبعض شراح كلامه بعدم انتقاله
كما ذكرنا ذلك سابقا وكذا يبرأ الكفيل لو جاء المكفول وسلم نفسه للمكفول
له عن الكفيل تسليما تاما او سلمه اجنبي عنه كذلك وقبل المكفول له بذلك لحصول
الغرض وعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل اذ ليس هذا الحق اعظم
من الدين بل لا يبعد وجوب القبول عليه لنحو ما سمعته في دفع الدين
من المتبرع كما عن الاردبيلي التصريح به هنا بل لعله ظاهر المتن وغيره عدا
الفاضل في محكي التذكرة وبعض من تبعه فانه صرح بعدم وجوب القبول عليه
الا ان يكون عن اذن الكفيل لعدم وجوب قبض الحق الا ممن عليه وفيه نحو
ما سمعته ولو سلم نفسه او الاجنبي لا عن الكفيل ففي موضع من محكي التذكرة عدم برائة
وعن موضع آخر منها اطلاق البرائة واستجوده في المسالك ولكن الاصح ما
عرفته من الاشكال كما عرفته سابقا في كفالة الاثنين فرع لو قال الكفيل ابرأت المكفول

فرع شريف يتعلق بالابراء

فانكر المكفول له كان القول قوله مع يمينه لاصالة بقاء الحق بعد اعترافه
بثبوته سابقا كما هو مقتضى دعوى الابراء فلو رد اليمين على الكفيل فحلف
برئ من حق الكفالة ولكن لم يبرأ المكفول من المال باليمين غيره فالدعوى
بينه وبين المكفول مستقلة فله اليمين على المكفول له لو ادعى عليه الابراء
ولا يكتفى باليمين التي حلفها للكفيل كما ان له رد اليمين على المكفول فاذا حلف

برئ

المسئلة السابعة

وليس للمكفول له مطالبة ورثة الكفيل [illegible]
وان احتمل كذلك في غير محله ولو تماثلا [illegible]

المسئلة الثامنة

المسئلة التاسعة

برئ ح نعم لو فرض سبق دعوى الابراء من المكفول فحلف اليمين المردودة برئ هو وكفيله
وان كان قد حلف المستحق اولا للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط
الكفالة كالوادى الحق وعدم بناء احد منهم الحكم في شيء من ذلك هنا على كون اليمين
المردودة كالبينة والاقرار يقتضي كونها اصلا برأسه المسئلة السابعة لو كفل
الكفيل آخر وترامت الكفالات صح بلا خلاف ولا اشكال لوجود مقتضى الكفالة ولو
اقال المستحق الكفيل الاول برئوا اجمع وكذا لو احضر الاول منهم المكفول لانهم فروع عنه
ولو اقال احدهم برئ هو ومن بعده دون من قبله كما انه لو مات برئ من كان فرعا
للمولومات الا قبل برئوا اجمع ايضا ولا يتوهم من صحة ترامیها صحة دورها كما في الضمان
والحوالة لان حضور المكفول للاول يوجب برائة من كفله وان تعدد فلا معنى لمطالبته
باحضار من كفله كما هو واضح المسئلة الثامنة لا تصح كفالة المكاتب المشروط عند
الشيخ بناء على اصله المتكرر من عدم لزوم مال الكتابة عليه لجواز تعجيزه نفسه
وفيه ما عرفت من منع ذلك اولا ومن عدم اقتضائه لفسادها ثانيا ولذا قال المصنف
على تردد بل في المسالك ونزيد هنا انه اما عبد او مدين وكلاهما مجوز للكفالة
وموجب للاحضار وهو مبني على ما سمعته سابقا من الفاضل من جواز كفالة
العبد الا انك قد عرفت تقييده له بالآبق بل ظاهر المحكي عن غيره اعتبار اعتياد
الاباق وقد عرفت النظر في اصل صحة الكفالة في ذلك وان كان لا يخلو من وجه
باعتبار كونه مكلفا مستحقا عليه الحضور بخلاف الدية ونحوها من الاموال
المسئلة التاسعة لو كفل برأسه او بدنه او بوجهه او نحو ذلك صح لانه
قد يعبر بذلك عن الجملة بلا خلاف اجده الا من ثاني الشهيدين تبعا للمحتمل
المحقق الثاني قال لان العضوين المذكورين وان كانا قد يطلقا على الجملة الا ان
اطلاقهما على انفسهما خاصة شائع متعارف ان لم يكن اشهر وحمل اللفظ
المحتمل المعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط واصالة البرائة من
لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة كما
انه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعا بل كالجزء الذي لا يمكن الحيوة بدونه
وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما فعند ذلك

لا يصح التعليل بانه قد يعبر بذلك عن الجملة وفيه ان المراد من التعليل المزبور بيان صحة الاطلاق فكذا المراد منه ذلك تعلقًا في عقد الكفالة ولو باعتبار تعارف التعبير به مريدًا به الجملة فيها او بيان الاكتفاء في الحمل على الوجه الصحيح لاصالة الصحة وغيرها بقابلية اللفظ لذلك بخلاف ما اذا لم يكن قابلا نحو على هذا او الاول بل كلام الاصحاب نص فيما ذكرنا ولم يحضرني الان كلامهم فيما الفاضل فيما حكى التحرير والتذكرة الكبد والقلب ونحوهما من الاعضاء التي لا يمكن الحيوة بدونها من الجزء المشاع كالثلث والربع وغيرها ونظر فيه في القواعد من عدم السريان كالبيع وفي عدم امكان احضار الجزء الا بالجملة وفي جامع المقاصد لقائل ان يقول ان احضاره وان كان غير ممكن بدون الجميع لا يقتضي صحة لان الاحضار فرع الكفالة والمطلوب انما هو صحة الكفالة واحضار ذلك العضو وحيث ان صحتها انما تكون بكفالة المجموع لم تصح هنا اذ المتكفل به ليس له المجموع ولا ما يستلزمه وان كان حكم الكفالة وهو احضار ذلك العضو غير ممكن الا باحضار الجميع والعقود اسباب متلقاة من الشرع فلا بد في صحتها من النص مع ان التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف ونبه على ذلك في المسالك بل قال وح فعدم الصحة اوضح وفيه ان المراد الاكتفاء في موضوع الكفالة الذي هو المجموع ملاحظته ولو بعنوان المقدمة لما هو مذكور في عقدها ولا يبعد الاكتفاء به لاطلاق الادلة بل لو كان المقصد من ذلك ارادة الجملة صح وان لم يتعارف التعبير ببعضها لعدم اشتراط نحو ذلك في متعلق العقد بل يكفي فيه ارادته من اللفظ بالقرينة وان لم يجر على قانون اللغة ولكن مقتضى ذلك انه لا يتم قول المص ولو تكفل بيده او رجله واقتصر لم يصح اذ لا يمكن احضار ما شرط مجردًا ولا يسري الى الجملة بل هو المحكي عن المبسوط ومن تاخر عن المص نعم في القواعد وجهان وفي المسالك لا يبعد القول بالصحة ممن يقول بها فيما سبق اللهم الا ان يقال ان الوجه في ذلك عدم معلومية ملاحظة الجملة ولو بعنوان المقدمة ضرورة امكان انفصالها مع بقاء الحيوة فلا يتعين ارادة موضوع الكفالة لعدم القرينة بخلاف الاول الذي لا يمكن التعيش بدونه اذ احتمال الاتيان بها بعد موته مناف لاصل موضوع الكفالة المفروض ملاحظتها اياه

فلو

فلو فرض حصول قرينة في محل البحث على ملاحظة الاتيان بالجملة مقدمة لذلك امكن الاكتفاء فيها بذلك لنحو ما عرفت او يقال ان الوجه في فرق الاصحاب بينه وبين الاول هو صحة التعبير بالاول عن الجملة فيكفي اصل الصحة ح والحكم بارادتها بخلاف هذا فانها لا تكفي في الحكم بارادتها منه بعد فرض عدم صحة التعبير بها عن الجملة بل لا بد من التصريح بذلك او بقرينة اخرى فيكفي ح وان غلطا لما عرفت والله العالم والمؤيد والموفق والمسدد وقد تم والحمد لله رب العالمين اولا واخرا وظاهرا وباطنا بسم الله الرحمن الرحيم يا معين

كتاب الصلح الذي قد دل على شرعيته بالخصوص الكتاب والسنة والاجماع من المسلمين قال الله تع وان امرئة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وقوله فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم وقوله ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما وقوله انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم وقوله فان فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل وقوله او اصلاح بين الناس وان كان في دلالة ما عدا الاول على الصلح العقد الذي هو عند الاصحاب تامل بل قيل والاول وفي النبوي المروي في طرق العامة ومرسلة في الفقيه الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما وحرم حلالا وفي خبر حفص بن البختري عن ابي عبد الله ع الصلح جائز بين المسلمين وفي اخر عنه ايضا في الرجل يكون عليه شيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا باس وفي اخر سئلناه عن رجل يكون عنده مال لايتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه ان ياخذ بعضا ويدع بعضا ويبريه مما كان عليه ابراء منه قال نعم الى غير ذلك من النصوص الدالة على كونه عقدا مستقلا لا يتوقف على سبق خصومة مثل البيع وغيره من العقود وان كان هو في الاصل عقد شرع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين الا ان ذلك فيه من الحكم التي لا يجب اطرادها مثل المشقة في حكمة القصر ونقصان القيمة في الرد بالعيب واستبراء الرحم للعدة وغيرها من الحكم التي لا تقتضي تخصيصا او تقييدا للعموم او الدليل

كتاب الصلح

[illegible] في عدم السلم [illegible]

بيان حكم كفالة الاجزاء كالوجه والبدن

واطلاقه المقتضي لثبوت الحكم في غير محلها فضلا عن خصوص الادلة من
السنة المستفيضة او المتواترة والاجماع بقسميه كما هو واضح وان اطنب في ذلك
وغيرها حتى ان بعضهم التجأ الى دعوى انه وان كان شرع في قطع الخصومة منه
الا انه لا دليل على اشتراطها فيه بل الاصل عدمه وآخر الى غير ذلك
مما لا حاجة اليه بعد ما عرفت ولا الى ما قيل من انه ربما يشعر لفظ الصلح
بتحقق منازعة لكن لا يتعين كونها سابقة بل يصح اطلاقه بالاضافة الى
رفع منازعة متوقعة محتملة وان لم تكن سابقة كما يفصح عنه آية النشوز
فاشتراط السبق في مفهومه غفلة واضحة نعم لا تساعد الاخبار المتقدمة
على الدلالة على المشروعية حيث لا منازعة سابقة ولا متوقعة ولكن يمكن
الذب عنه بعدم القائل بالفرق بين الامة فكل من قال بالمشروعية لدفع
منازعة وان لم تكن سابقة كما دل عليها الاطلاق الاخبار المذكورة قال
بها في الصورة المزبورة التي لم تكن فيها منازعة سابقة ولا متوقعة
اذ فيه ان المراد بلفظ الصلح الواقع في ايجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا
او اصطلحا او تسالما عليه فيما بينهما الا ان المراد به خصوص الصلح
المتعقب للخصومة منهما كما هو واضح وعلى كل حال فليس هو عندنا فرعا على غيره
من العقود وان افاد فائدته بل في كره وعن السرائر الاجماع عليه وهو
الحجة مضافا الى ظهور الادلة السابقة او صريحها في عدم فرعيته لبعض
موارده المصرح بها في بعض النصوص لا يصلح لان يكون موضوعا لغيره
على ان افادة عقد مفاد آخر لا يقتضي الاتحاد معه على وجه تلحقه احكامه
والا لاقتضى اتحاد الهبة مثلا بعوض معلوم مع البيع وهو واضح البطلان
فان الاحكام الشرعية تتبع عناوينها فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها
لا يثبت لغيره من تلك الحيثية نعم لا بأس بثبوته من دليل آخر فاعن
الشيخ تارة انه بيع مطلقا واخرى كما عن الشافعي انه فرع له اذا افاد نقل
البيع العين بعوض معلوم وللاجارة اذا وقع على منفعة معلومة بعوض
معلوم وللعارية اذا تضمن منفعة بلا عوض وللهبة اذا تضمن ملك

بيان كون الصلح اصلا برأسه او فرعا لغيره من العقود

العين

العين بغير عوض والابراء اذا تضمن اسقاط دين لا وجه له ضرورة فرض عدم القصد
به شيئا منها والا كان باطلا لعدم وقوع الهبة والبيع مثلا بلفظ الصلح ولا دليل على ثبوت
احكامها له اذا افاد فائدتها على انه لا يتم فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذي
لا يندرج في شيء من المذكورات كما لا يخفى على من لاحظها بل الاتفاق فتوى ورواية
هنا على عدم اشتراط المعلومية في المصالح عليه في الجملة بخلاف البيع وكيف كان فلا
خلاف بيننا في انه يصح مع الاقرار والانكار بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى العمومات
نعم المراد من صحته مع الانكار الظاهرية بمعنى انه يجري عليه الحكم الصحة ظاهرا
لا في نفس الامر فان المدعي دينا او عينا او منفعة مثلا وانكره المدعى عليه ان كان
محقا لم يصح للمنكر ما بقي له من مال المدعي سواء كان من الجنس او لا وسواء عرف
المالك قدر الحق ام لا وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه ام لا لانه ربما
كان توصلا الى اخذ بعض حقه بل لو فرض انه صالحه عن العين مثلا بما فيه
باجمعها حرام ولا يستثنى له منها مقدار ما دفعه اليه من العوض لفساد
المعاوضة في نفس الامر الا ان يفرض رضا المدعي باطنا بالصلح عن جميع ماله
في الواقع بذلك وان كان مبطلا لم يحل له ما دفعه اليه المنكر رفعا للدعوى الكاذبة
وللضرر عن نفسه ونحو ذلك مما لا يتحقق معه التراضي المبيح لاكل مال الغير الا
مع فرض الرضا المزبور وانما الحكم بالصحة بحسب ظاهر الشرع لاشتباه الحق
من المبطل قال علي بن ابي حمزة قلت لابي الحسن ع يهودي او نصراني كان له
عندي اربعة الاف درهم فهلك يجوز لي ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم
كان فقال لا يجوز حتى تخبرهم وفي صحيح عمر بن يزيد عن ابي عبد الله ع اذا كان
للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي اخذ
الورثة لهم وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة فان لم يصالحه على شيء
حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به نعم قد يقال لو كانت الدعوى
مستندة الى قرينة تجوزها كالوجدان المدعي بخط مورثه ان له حقا على احد
او شهد له من لا يثبت بشهادته الحق ولم يكن المدعي عالما بالحال وتوجهت
له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على قطع المنازعة فالمتجه صحته

ط
مع م

بيان صحة الصلح على كلا تقديري الاقرار والانكار

الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ومثله ما لو توجهت الدعوى
بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردها لكن في جامع المقاصد في
مفروض المسألة ليس بعيدا من الصواب صحته ظاهرا واما في نفس الامر تابع لصحة
الدعوى وعدمها ويحتمل الصحة مط لان اليمين حق فيصح الصلح لاسقاطها قلت
قد ينافي في الصحة ظاهرا في الاول بانها غير متصورة بعد القطع بكون احدهما
مبطلا سواء كان المدعي او المنكر والغرض كفايته في الفساد في نفس الامر فكيف يجامع
الحكم بالصحة في ظاهر الشرع اللهم الا ان يدعى ان مبنى شرعية الصلح على ذلك
فيحكم ح عليه بالصحة ظاهرا ما دام الواقع مشتبها ولم يعلم المبطل منهما بعينه
فيجب على المصالح ما وقع عليه الصلح من العوض كما انه لا يجوز للمصالح بالكسر
الدعوى بما وقع الصلح عنه وان كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشيء في نفس
الامر ولذا لو انكشف الحال بعد الصلح باقرار ونحوه حكم بفساد الصلح في الظاهر
ايضا وهل البينة كالاقرار في ذلك وجهان وكذا قد ينافي في الصحة في
نفس الامر في الثاني بان المتجه عليه حلية ذلك له حتى لو انكشف الحال بعد
ذلك والا لما كان للقائل يلتزمه ولعله لذا جعل الصحة في الواقع في جامع المقاصد تابعة
لصحة الدعوى في نفس الامر وعدمها كون اليمين حقا يصح الصلح على اسقاطها
لا ينافي اعتبار المراعاة فيه بما اذا لم ينكشف الواقع والا جرى الحكم على ما في الواقع
ثم ما دام الواقع مشتبها في نفسه يحكم بملكية العوض مثلا وبحل له التصرف فيه
ونحو ذلك ويمكن تنزيل مراد القائل بالصحة في نفس الامر على ذلك لان
المراد الصحة فيه مط حتى لو بان الامر بعد ذلك اللهم الا ان يدعى ان ظهور
بعد ذلك لا ينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي قد وقع على اسقاطه وهو
كاف في الصحة في نفس الامر وان انكشف الحال بعد ذلك ولكنه كما ترى على
انه لا يتم فيما لو فرض انكشاف الحال بصحة دعوى المدعي فان المال ح
في يد المنكر باق على ملك المدعي الذي صولح على اسقاط ما له من حق اليمين
ولم يحصل منه ما يقتضي انتقال المال الى المنكر لان المفروض عدم حصول
الرضا منه بالمعاوضة وبالجملة يمكن ان يقال ان الصلح في قطع الدعوى

كاليمين

٤٥

كاليمين من المنكر الذي قد يدعى انها من اقسام المعاوضة شرعا ايض وقد ذكر
ايض جماعة انه ليس له المقاصة باعتبار انه ان كان هو لا يبيح ماله في الواقع ثم لو اراد بعد ذلك
اخذ باقراره خاصة دون البينة خلافا لبعضهم عدم الالتفات اليها فيمكن جعل
الصلح القاطع للنزاع مثله ضرورة كون الشارع في ذلك كله اسقاط الدعوى استيفاء في ذلك كله
للمدعي عوضها اليمين ونحو ذلك مما يأتي في محله في الصلح فتأمل جيدا والله العالم وكيف كان
فقد ظهر لك ان الصلح بين المسلمين جائز مع الاقرار والانكار الا ما اي صلحا احل حراما
كالصلح على الخمر واستباحة بضع محرمة او شرب الخمر واللواط او حرم حلالا بان لا يطأ
حليلته او لا ينتفع بماله او نحو ذلك مما علم عدم جواز الصلح اجتنابه ح فالاستثناء
متصل ضرورة كون الصلح على مثل ذلك باطلا ظاهرا وباطنا وبما في ايضاح بصلح المنكر
على بعض المدعى او منفعته او بدله مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى كما سبق
تحريره لكن الاستثناء ح منقطع لما عرفت من الحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد في
نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظاهر نعم بناء على ما سمعته من
الشافعي يكون الاستثناء ح متصلا وربما كان ذلك هو الدليل له فانه ح يحل
الحرام بالنسبة الى الكاذب ويحرم الحلال بالنسبة الى المحق الا ان فيه ما عرفت فما
الى عدم ظهور الخبر المزبور فيه بل يمكن ان يكون مراد الشافعي البطلان في نفس الامر ايضا
خاصة لا مط ح يرتفع النزاع بيننا وبينه كما انه يمكن دعوى الاتصال على ذلك ايضا
بناء على ارادة البطلان في نفس الامر من عدم الجواز في الخبر المزبور كما انه يمكن ارادة
جعل الصلح شارعا من الاستثناء بمعنى ان الصلح الباطل هو الذي يكون مضمونه تحليل
ما حرم الله وبالعكس على وجه يكون به الحل والحرام الى غير ذلك من الوجوه المحتملة فيه
ولذا يصح الصلح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ومع جهلهما بلا خلاف
فيه في الجملة بل في المسالك وغيرها الاجماع عليه لاطلاق الادلة وخصوص الصحيح عن الباقر ع
والصادق ع انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل
واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي
فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت به انفسهما ونحوها الموثق وكذا قد يلحقها
كون مضمونها الابراء لا الصلح بل فيها فهم الاصحاب ذلك منها وظهور دلالة ا

استثناء مما تقدم بمنطوق الرواية

صحة الصلح مع علم المصطلحين وجهلهما

المعاوضة فيها وليت الا الصلح فلا انه كالح فى الاكالة على الظم على ان الحاجة ماسة
الى تحصيل البراءة مع الجهل ولا وجه الا الصلح ثم لو كان احدهما عالما به دون الاخر
لم يتم الصلح فى نفس الامر بل لابد من الاعلام بالقدر ان كان الجاهل المستحق كما سمعته فى
خبر ابي حمزة او كان المصالح به قدر حقه مع فرض عدم تعينه ومع ذلك فالعبرة
بوصول الحق لا بالصلح نعم لو فرض الرضا الباطنى على كل حال صح كما عرفته فيما تقدم
وان كان العالم المستحق لم يصح الصلح بزيادة من الحق بل بقدره فما دون عكس الاول
الا مع فرض الرضا المزبور الذي يمكن استفادة حكمه مضافا الى العموم مما سأله الثمالي
على ما الى من الصحيح عن الصادق فى الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة
نفس من صاحبه فلا بأس وغيره بناء على ارادة الصلح بالانقص كما هو الغالب
مع عدم اعلامه بالحال فى الحكم وذلك واضح بل الظاهر عدم اعتبار المنازعة في
ذلك اذ الحكم المزبور يأتى فى مطلق التصالح وان لم يكن منازعة مع عليهما وجهلهما
كوارث تعذر عليه مقدار حصته وشريك امتزج ماله بمال الاخر بحيث
لا يتميز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك بل وكذلك لو كان جهلهما بالقدر
لتعذر الكيال والميزان ومست الحاجة الى نقل الملك فالاقرب الجواز وهو خيرة
من قلت بل فى كره لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا ولا جنسا بل يصح
الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه او جهلاه دينا كان او عينا وسواء
كان ارثا وغيره عند علمائنا اجمع واطلاقه كما فى المتن وغيره بل والنصوص
كما عرفت به فى الرياض يقتضى عدم الفرق فى الصحة بين كون المصالح مما يتعذر
معرفتهما الدهم ولا اولا كن معرفته فى الحال لا لعدم مكيال او ميزان
ونحوهما من اسباب المعرفة بل الاختلاف فى الاول مما قيل باتفاق الادلة نصا و
فتوى عليها مضافا الى ان الابراء الذمة امر مطلوب والحاجة ماسة ولا
طريق اليه الا الصلح فلا اشكال فيها وكذا فى الثانية عند جماعة كالشهيدين
والفاضل المقداد لتعذر العلم به فى الحال مع اقتضاء الضرورة ومساس
الحاجة او توقعه والضرر بتأخيره واعضاد الاطلاق فى نفاده فيه مع تناول
الادلة السابقة له ومن هذا القبيل ايضا الصلح على نصيب من ميراث او دين

بتعذر

بتعذر العلم بقدره فى الحال مع امكان الرجوع فى وقت اخر الى عالم به مع مسيس الحاجة الى
نقله فى الحال نعم فى الرياض بشكل فى الثانية من عموم الادلة بالجواز المعتضدة باطلاقات
كثير من عبارات الاصحاب من حصول الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة والنقيصة
مع امكان التحرز عنهما ولذا قيد فى المسالك وغيرها الصحة بما اذا تعذر تحصيل العلم
بالحق ومعرفته بالكلية ثم قال وهو حسن اما للترجيح عموم ادلة النهى عن الغرر
او لتعارضهما مع عموم جواز ادلة الصلح مع عدم مرجح للثانية فلا بد من المصير
الى الحكم الاصل وهو الفساد وعدم الصحة مضافا الى امكان ترجيح ادلة النهى عن الغرر
باعتضادها بالاعتبار ورجحانها سندا لا صحاح على ادلة الصحة فكثير من الادلة المعاملات
المختلفة كالبيع والاجارة ونحوهما فيه اولا منع العموم فى ادلة النهى عن الغرر فضلا
عن ترجيحه او تعارضه لعموم الصلح والرجوع الى اصالة الفساد اذ لم نعثر منها الا
على النهى عن الغرر فى البيع الملحق به الاجارة بالاجماع على ان اطلاق النصوص السابقة
ومعقد الاجماع المذكورة المعتضد باطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب كما اعترف
هو بذلك كاف فى تخصيص ادلة الغرر بل قوله فى الصحيحين اذا تراضيا بذلك وطابت
انفسهما ظاهر ان لم يكن صريحا فى ان المدار فى الصحة على ذلك ولو مع الجهل
الذي يمكن زواله كظهور الحكم بالصحة فى الصورتين الاولتين فى ذلك ايضا عند
التأمل خصوصا الثانية منهما ضرورة عدم صلاحية التعذر فى الحال مع مسيس الحاجة
الى النقل الممكن بالهبة المعوضة ونحوها الارتفاع حكم الشرطية بعد فرض عموم الدليل
بالمنصوص والا لاقتضى ذلك فى البيع وهو واضح الفساد على ان ترجيح ادلة الغرر بما
سمعت يقتضى كون مدخلية هنا فى البيع والاجارة الذى لا فرق فى مانعيته فيهما
بين التعذر مطلقا وفى الحال وعدمه ومسيس الحاجة مع عدم رجوعه الى نفى الحرج
فى الدين لا يؤثر اثرا ودعوى ارادة ذلك منه ممنوعة ولو سلمت لم يقتض اختصاص
الصلح بذلك بعد الاغضاء عن اصل جريان نفى الحرج فى المقام فالاقوى ح الصحة مطلقا
بل الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين المصالح به والمصالح عنه كما هو مقتضى الصحيحين السابقين
وغيرهما من الادلة السابقة فما عن الشافعى من عدم جواز الصلح على المجهول مطلقا بل لعله
المفروغية من اعتبار العلم بالمصالح به ولذا احتج بعض على اعتباره فى المصالح عنه ليظهر

رد على من ادعى
العدم من اعلام
من العلماء الاعلام

بالقياس عليه واضح الفساد وكذا ما في الدروس من ان الاصح اشتراط العلم في العوضين ان امكن
الى ان قال ولو تعذر العلم بما صولح عليه جاز كما في وارث تعذر علمه بحصته وكما اذا امتزج
مالهما بحيث لا يتميز ولا تضر الجهالة ورواية منصور بن حازم تدل عليه ولعل وكان تعذر
العلم لعدم المكيال والميزان في الحال ومساس الحاجة الى الانتقال فالاقرب الجواز فانه
لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه كما لا يخفى عليك اقتضاء ما ذكرناه عدم الفرق
بالصحة بين العلم في الجملة بالوصف او المشاهدة وعدمه اصلا كما عن الاردبيلي من الموافقة
على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلومية ولكن يعتبر فيه العلم في الجملة اما بالوصف
او المشاهدة على الظاهر ايضا بل المنع نعم قد يتحقق بالمنع مع الجهل الذي لا يؤول الى العلم لا بها
كما ستعرف انشاء الله لعدم صلاحيته للنقل والانتقال وكيف كان فهو اي عقد الصلح لازم
على ما قلناه من كونه اصلا برأسه لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه بلا خلاف
لعموم اوفوا وغيره من ادلة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود ثم يجيء على قول الشيخ
الجواز في بعض موارده كما اذا كان فرع العارية والهبة على بعض الوجوه بناء على ان مراده
لحوقه حكم ما افاده فائدته اما على المختار فليس الا على اللزوم الا ان يتفقا على فسخه
بالاقالة الشامل دليلها له ولغيره كما عرفته هناك والله العالم واذا اصطلح الشريكان
عند انتهاء الشركة وارادة فسخها او مطلقا كما ستعرف على ان يكون الربح والخسران على
احدهما وللآخر رأس ماله صح بلا خلاف في الجملة منه للعموم خصوصا المعتبرة منها
الصحيح عن ابي عبد الله في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان من المال
دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى
فقال لا بأس اذا اشترطا فاذا كان شرطا يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى
كتاب الله عز وجل ونحوه الاخرى بتمامها الا انه قال وكان من المال دين وعين ولم يقل
وعليهما دين وكذا الثالث الا انه قال وكان المال دينا ولم يذكر العين ولا عليهما
دين والرابع الا انه قال كان المال دينا وعينا فيل ملبس شيء فيها كالعبارة و
وما حنا فا فا من عبارة الجماعة عموم الحكم بالصحة لصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة
وبعده وان لم يرد القسمة لظهور سياق الرواية فيما قيد نابه العبارة من تعقيب
القول بان الربح والخسران لاحدهما ورأس المال للآخر للشركة وحصوله بعدها وبعد

لزوم الصلح

مسئلة تتضمن سلامة راس المال لصاحبه والربح والخسران

ارادة القسمة لقوله فربحا فيه ربحا واعطني رأس المال وليس في قوله اشترطا منافاة
لذلك لاحتمال ان يكون المراد منه اذا تراضيا رضا يتعقبه اللزوم بوقوعه في عقد
لازم كعقد صلح ونحوه وليس المراد اذا اشترطا في عقد الشركة كما توهم لاختصاصه
ح بنفي البأس في صورة وقوع الشرط فيه بل دلالته بمفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه
في غيره ظاهرة ولا قائل بها فتعين كون المراد ما ذكرناه ووجه اشتراطه عدم خلو
السؤال عن بيان رضا الآخر وانما غايته الدلالة على صدور القول من احدهما فوقع
العبارة في عدم العموم للصورة المذكورة لان اشتراط ذلك فيها لا يسمى صلحا بل اشتراطا
واولى من بجهة تنبه لذلك الشهيد في الدروس فقال لو اصطلح الشريكان عند ارادة
الفسخ على ان يأخذ احدهما رأس ماله والآخر الباقي ربح او توى جاز للرواية الصحيحة
ولو جعلا ذلك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمنافاته موضوعها والرواية لم تدل
عليه ثم تبعه ثاني المحققين وثاني الشهيدين الا ان الاخير منهما صرح بان اطلاق
العبارة يقتضي التعميم كما ان المحدث البحراني صرح بظهور النصوص في وقوع ذلك
في اثناء الشركة وان بقيت مستمرة بل ذلك ظاهر اطلاق العبارات والتحقيق في المسئلة
انه يحق انه ان كان المراد مما في النص والفتوى كون هذا الصلح جاريا على مقتضى
عموم ما دل على مشروعيته وغير محتاج الى دليل بالخصوص وانما النصوص المخصوصة
مؤكدة لذلك كما يومي اليه استدلال الفاضل في التذكرة عليه اولا بالعموم ضرورة
صحة الصلح من احد الشريكين عما يستحقه في الاعيان المشتركة بالمقدار المساوي لرأس
ماله في ذمة الشريك الآخر ح يخرج المال عن الشركة ويختص بالمال المصالح وانما يكون
العوض في ذمته فلا ريب في صحة ذلك في ابتداء الشركة اي بعد مزج المالين قبل
العمل بها وفي الاثناء وعند ارادة الفسخ بلا فرق في صحة هذا المعنى بين الشركة والمضاربة
وان كان المراد منها صحة المال على ان يكون استحقاق احدهما في المال رأس ماله تاما
وللآخر الباقي من ربح او خسر والمال باق على الشركة من غير ان يكون ذلك في ذمة
المصالح بالفتح فلو لم يحصل من المال الا دون رأس ماله لم يكن له رجوع عليه
فان قلنا ان ذلك ايضا مقتضى العموم ثبت ما عليه المتجه اي الصحة في الصور الثلاثة
وان قلنا ان جواز مثل هذا الصلح محتاج الى الدليل الخاص ولا يكفي فيه العموم بل

ولان لكان من الصلح المحلل للحرام وبالعكس، ما يمنع خصوص المزبورة الا انه يمكن منع ظهورها في خصوص صورة انتهاء الشركة وارادة الفسخ بل لا بأس بايقاع صلحها المزبور المفروض ابتداء لا استحقاق المزبور مع بقاء المال على الشركة بعد ارادة بل العامة عموم تسلط الناس على اموالها يقتضيه ومنه ينقدح الجواز في ابتداء الشركة اي بعد مزج المالين ثم ايقاع صيغة الصلح على النحو المزبور فيعمل بالمال على هذا الوجه الذي يوجبه الكلي المصون في المال وانه لا يستحق سواه سواء بقي المال او زادت قيم اعيانه اولا وسواء رجع ايضا بان من لاخر ولا تعويل ان الثابت صحته من خصوص الصلح عما سبق من الربح والخسران لاما يتجدد بدفعها منع ذلك اولا ووضوح عدم الفرق ثانيا ضرورة انه بالصلح صارت شركتهما على هذا الوجه سواء بقي المال على هذا الحال اولا ضرورة انه لو اراد دفع راس المال له فقد اعتبار مال الشركة واتفق حصول الربح بذلك لم يكن له الا راس المال الذي وقع عليه الصلح قطعا وليس ذلك بعد من محل النظر الذي عندنا التامل مطلق فان المراد من قوله اعطي الكناية عن استحقاق راس المال نعم لا يجوز التعدي الى غير المشاركة كالمضاربة ولا الى غير هذه الصورة في الشركة كالصلح على اختصاص الربح باحدهما دون الخسران ونحوه وفي ذلك كله ظهر لك ان المتجه على كل حال الجواز مطلقا كما هو مقتضى اطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب نعم بل والنص نعم الاقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطية في الابتداء ولا في الاثناء ولا عند الانتهاء ضرورة عدم المقتضي للزوم وانما هو وعد بل قيل انه مناف لمقتضى العقد الذي هو تبعية الربح والخسارة للمال فهو مناف للكتاب والسنة بل عائد عليه بالنقض وليس هو كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه الثاني اللزوم الذي هو مقتضى الاطلاق لا العقد نفسه الذي لا يقتضي الا الانتقال خاصة واللزوم من صفاته وكيفياته الخارجية بخلاف عقد الشركة الذي ليس مقتضاه الا ما عرفت فمع اشتراطه لم يبق للشركة معنى بالكلية ويكون بمنزلة العقد للشي بشرط عدمه والبيع المشترط فيه عدم الانتقال وان كان قد يناقش فيه بان ذلك لو كان منافيا لمقتضاها لم يجز حتى بالصلح الذي قد عرفت جوازه للادلة المزبورة المراد من الشرطية ما فهمه الاصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح فانه ربما يطلق اسم الشروط على العقود ومن الغريب

جعل بعضهم محل هذا الاشتراط حتى قال انه ليس في عبارة الجماعة اطلاق يشمل صورة الاشتراط في ابتداء الشركة الذي يسمى اشتراطا لا يسمى صلحا الذي قد عبروا به اذ قد عرفت ان محل البحث الصلح لا الشرطية ولكن صحته مختصة في صورة وقوعه عند ارادة فسخ الشركة او عامة له ولو لوقوعه في اثنائها او في ابتدائها اي بعد مزج المالين لمشروعية الاشتراك على هذا الوجه بالصلح من غير فرق بين الجميع ولا ريب في اقتضاء اطلاق المتن وغيره ذلك بل لعله مقتضى التامل الصادق في النصوص ايضا اما مسئلة الشرطية في عقد الشركة فهي مسئلة اخرى مذكورة في باب الشركة لا مدخلية لها فيما نحن فيه ومن الخطا جعل كلامهم هناك مقيدا لاطلاقهم هنا كما هو واضح وبه يظهر لك ما في الجملة من كتب المصنفين خصوصا الرياض فلاحظ وتامل والله العالم ولو كان معهما درهمان وادعاهما احدهما وادعى الاخر احدهما كان لمدعيهما درهم ونصف وللاخر ما بقي لصحيح عبد الله ابن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا عن ابي عبد الله في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال الاخر هما بيني وبينك قال فقال ابو عبد الله اما الذي قال هما بيني وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له فيه شيء وانه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين ومثله مرسل محمد ابن ابي حمزة المنجبر ارسالهما بالشهرة مع ان في سنديهما ابن ابي عمير والمغيرة من اصحاب الاجماع وارسال احدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح عند بعض والمراد بكون الدرهمين معهما في الخبرين والمتن انهما في ايديهما لينا في الدعوى اذ لو كانا في يد احدهما لقدم قوله بيمينه نعم ظاهر الخبرين والمتن وغيره ان الحكم كذلك من غير يمين وانه لا فرق بين كون الدعوى منهما بالنصف من كل منهما على الاشاعة او بواحد منهما على التعيين بل لعلها في الاول اظهر منها في غيره لكن في الدروس بعد ان فرض موضوع المسئلة دعوى احدهما الدرهمين والاخر اشتراكهما قال الاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الاخر الذي تصادمت دعواهما فيه فمن نكل منهما قضي به للاخر ولو نكلا معا او حلفا معا قسم بينهما نصفان واستحسنه في المسالك لعموم اليمين على من انكر وفي الدروس لو كان معهما درهمان فادعاهما احدهما وادعى الاخر اشتراكهما ففي الرواية المشهورة للثاني نصف درهم وللاول الباقي ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعا فانه يقوى القسمة نصفين

تحقيق في المسألة المتقدمة

مسئلة وقع التسائل عنها في كثير من الكتب

ويحلف الثاني للاول وكذا كل مشاع وربما اشكل ما في التذكرة بعد تمامية احلاف كل
منهما في صورة الدعوى على الاشاعة لاختصاص الحلف ح بالثاني والبينة بالاول
ومع ذلك يستحق بعد الحلف تمام الدرهم لا النصف وما فيها وفي الدروس ايضا بوجوب
الخروج عن مقتضى القاعدة وتخصيصها بالخبرين المعتضدين بالفتوى بل ذلك كله
كالاجتهاد في مقابلة النص والفتوى الظاهرين في عدم اليمين اصلا الصريحين او
كالصريحين خصوصا الخبرين فيهما في فرض موضوع المسئلة في الاشاعة بل ظاهرهما
ان ذلك على وفق الضوابط العامة لانه تعبد صرف ومن هنا امكن ان يقوى بان
الوجه في عدم يمين من احدهما انه بعد تساويهما في اليد المقتضية لملك كل منهما
الكل التي لا يختص الخروج عن التعارض فيها المنافي لقاعدة عدم ملك المال المتحد للمالكين
بالنصف الذي هو خلاف مقتضاها لامكان الحكم بكونه لواحد منهما ويستخرج
بالقرعة او بغير ذلك مما يرجح بعد ان كانت كذلك لا تصير احدهما منكرا عليه يمين
بل هما بعد ان تساويا من هذه الجهة صار الحكم من اليد لاحدهما والتنجيه فيه قسمة
المال بينهما نصفين قطعا للدعوى فهو كالصلح القهري بينهما بذلك لان النصف
مقتضى يد احدهما حتى يكون منكرا بالنسبة الى دعوى الاخر عليه وكذا العكس فيكونا
كالمدعي من وجه والمنكر من آخر فيتحالفان ضرورة ثبوت الحكم المزبور في غير
ذوي الايدي كما سمعته في الوديعة وفي التداعي في المال المطروح ونحوها واليد
انما اقتضت بالجميع ومعارضتها بالاخرى لا تقتضي تنزيلها على النصف الذي
هو خلاف مقتضاها ح فليس النصف المحكوم به في النص والفتوى لقطع الخصومة
بينهما بذلك بالعدل والانصاف لعدم تحقق الدعوى من احدهما والانكار من
الآخر لكون المفروض تساويهما من كل وجه ففي الحقيقة ليس الا دعوى واحدة
وهي ملكية الدرهم الا ان احدهما يدعيه له والاخر كذلك ولا ترجيح لاحدهما بعد
معارضة يد كل منهما للاخرى الموجب لتساقطهما نحو البينتين المتعارضتين من كل
وجه فيقسم المال بينهما مع احتماله فيهما بحسب دعواهما فان كانا اثنين فالنصف
وان كانوا ثلثة فالثلث وهكذا قطعا للخصومة بينهما بالعدل والانصاف فهو
كالصلح القهري ولعله لذا ذكر الاصحاب هذه المسئلة وامثالها في هذا الكتاب

ابن

ومنه يعلم الوجه حتى في الدعوى بالاشاعة ضرورة ان الاقرار بما الاثنان في الا
بالدرهم الكلي المشاع منطبق على نصف الدرهم والثلثين من درهم وثلث
من آخر وهكذا فيبقى النزاع بينهما في الدرهم الآخر على اشاعته فيدعيه المقر
له المقر له بالدرهم الاول مضافا الى ذلك الدرهم والآخر يدعيه له فيقسم بينهما
نصفين على الاشاعة للقاعدة التي ذكرناها التي قد اوما اليها الخبرين السابقين
المعتضدين بالفتوى المجردة عن ملاحظة اليد الموجبة للتوهم ان يدعي الدرهم
الآخر المنضم الى ما اقتضته يده من النصف الذي هو درهم ايضا مشاع ملفق مدع صرف
والآخر منكر باعتبار انه قد ادعى عليه ما اقتضته يده فيحلف ويستحق النصف
المشاع وهو الدرهم الملفق اذ قد عرفت الغاء اليد في المقام وان الحكم بالنصف نصفا
وفتوى لقطع الخصومة بينهما بعد تساويهما من كل وجه فتامل جيدا فانه دقيق
جدا وبه يظهر الوجه في النص وفتوى الصريحين في الاشاعة وانه ليس ذلك من باب
التعبد كما لا يخفى على من تامل الخبرين والفتاوى والله العالم ومنه يعلم الوجه فيما
ذكره وغيره بل المشهور من قوله وكذا الحكم فيما لو اودعه انسان درهمين وآخر درهما
وامتزج الجميع ثم تلف درهم فان لذي الدرهمين درهما منها لا احتمال فيه و
اما الآخر فهو محتمل لكل منهما ولا مرجح فالعدل بينهما قسمته نصفين بينهما للقاعدة
التي قد عرفتها واكدها هنا خبر السكوني عن الصادق ع في رجل استودعه رجل دينارين
واستودعه آخر دينارا فضاع دينار منها فقال يعطى صاحب الدينارين
دينارا ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين بل ظاهره عدم اعتبار الامتزاج
في هذا الحكم بل يكفي الاشتباه كما ان ظاهره ذلك وان لم يتصادم دعواهما في الدينار
وانه لا يمين على احد منهما خصوصا مع عدم علم كل واحد منهما بعين حقه لكن
في المسالك استشكله مع ضعف المستند بان التالف لا يحتمل منهما بل من احدهما
خاصة لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول
بالقرعة ومال اليه في الدروس الا انه تحاشى عن مخالفة الاصحاب فلذا قال
في الدروس ولو اودعه واحد دينارين وآخر دينارا وضاع دينار واشتبه
ففي رواية السكوني لصاحب الدينار خاصة نصف دينار وللآخر الباقي والعل

حكم ايداع الدرهمين من واحد وواحد من آخر وتلف واحد بعد امتزاجهما

بما شهور وهنا الاشاعة ممتنعة ولو كان في اجزاء ممتزجة كان الباقي اثلاثا
ولم يذكر الاصحاب في هاتين المسئلتين يمينا وذكروا ما في باب الصلح فجائز ان
يكون ذلك الصلح قهريا وجائز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين والتفاضل
في احد اقواله يحكم في مسئلة الوديعة بان الدينارين الباقيين بينهما اثلاثا
كمختلط الاجزاء وفيه بعد ولو قيل بالقرعة امكن وفيه انما هو عند الاشكال
ولا اشكال بعد النص والفتوى والقاعدة التي اشرنا اليها في قسمة المال
بين مدعيه تداعيا او لا ثبوتا بالسوية بعد فرض استوائهم في قطع الدعوى المنزل
منزلة الصلح القهري فيما بينهم ومنه يعلم ما في احتمال كونه اختياريا ضرورة
امكان القطع بعدمه من النص والفتوى كالقطع بعدم اليمين في جميع الصور
حتى المسئلة الاولى التي حصل الاشتباه في مالك المال بعد ان تعارض يداهما المقتضية
لملك كل واحد منهما بعد معلومية عدم ملكية المال المتحد للكل وابطال
اقتضاء كل من اليدين في النصف ليس باولى من القول بحصول الاشتباه في
الكل الذي هو مقتضى يد كل منهما فيكون ما لا مشتبها دائرا بينهما تاتي فيه
القاعدة السابقة واما ما حكاه عن الفاضل فهو كما ذكر في غاية البعد مع فرض
الاشتباه بدون امتزاج ضرورة عدم حصول الشركة ~~بما فيهما شرعا~~
بينهما بذلك اما مع فرضه فبعد يناقش بانه كالممتزج من المبتوح اللهم
الا ان يدعى حصول الشركة بها قهرا شرعا بخلاف غيره من الدراهم ونحوها
لكنه كما ترى فالاولى فرض مسئلة المتن بدون امتزاج كما في النص اما معه
قلنا بحصول الشركة به مطلقا فالمتجه فيه حكم الانفراد في كون التالف على النسبة
واحتمال الفرق بالقطع في الحبوب بكون التالف منهما بخلافه في مسئلة الدراهم
يدفعه اولا انه لا قطع بانه على النسبة في الحبوب اذ يمكن التفاوت وثانيا
عدم المدخلية لذلك بعد فرض الدليل شرعا على حصول الشركة بالامتزاج
في المثليات على وجه يرفع التميز وقد ظهر لك من ذلك كله ان الحكم المزبور
في هذه المسائل التي قد عرفت اتفاق النص والاعتبار والمعظم
من الفتوى عليها قائم مقام الصلح فيها بالنسبة الى قطع المخاصمة ولهذه

المناسبة

آخر المسائل الثلاثة

المناسبة ذكرها الاصحاب في كتابه ومن ذلك المسئلة الثالثة وهي ما لو كان
لواحد ثوب بعشرين درهما وللآخر ثوب بثلاثين درهما ثم اشتبها فان خير
احدهما صاحبه فقد انصفه وان تعاسرا بيعا وقسم بينهما واعطي صاحب
العشرين سهمين من خمسة وللآخر ثلاثة التي قد افتى المشهور بها لخبر اسحق
ابن عمار عن الصادق عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما في ثوب وآخر عشرين درهما
في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال يباع الثوبان
فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن وللآخر خمسا الثمن قلت فان صاحب
العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر ايهما شئت قال قد انصفه المنجبر بالشهرة
مع احتمال الصحة سندها في طريق الصدوق بل الشيخ فان ابن
ادريس من كفر عنه ومال اليه في المسالك في غير محله ضرورة عدم الاشكال بعد
ما عرفت معتضدا بالاعتبار الذي يقضي بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك بل
لو لم يتبيعا معا كان الثمن موزعا على حسب قيمتهما الا ان الظاهر من النص والفتوى
عدم اعتبار القيمة في بيعهما في الحكم المزبور بل ظاهرهما صيرورة مالكيهما كالشريكين
باعتبار احتمال تملك كل منهما لكل منهما فهما بمثابة الشريكين فهما على نسبة
قيمتهما فان التذكرة من انه ان بيعا منفردين وتساويا في الثمن فلكل واحد ثمن ثوب
ولا اشكال وان اختلفا فالاكثر لصاحب الاكثر قيمة وكذا الاقل بناء على
الغالب وان بيعا مجتمعين صار كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج
الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال كالاجتهاد في مقابلة المعتضد بفتوى المعظم
المقتضي صيرورتهما بمثابة الشريكين على كل حال ولذا قال في الدروس بعد
حكاية ذلك عنه ويلزم على هذا ترجيح احد الامرين من بيعهما معا او منفردين
اذ الحكم مختلف ويظهر انه متى امكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع والرواية
مطلقة في البيع ويؤيد ما ان الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال
تملك كل منهما لكل منهما قائم فهما بمثابة الشريكين نعم ما فيها اي الدروس من انه
ان عملنا بالرواية فهي تعديها الى الثياب والامتعة والاثمان المختلفة
نظر من تساوي الطريق في الجميع وعدمه ولا ترتب القرعة هنا مخالف لقوله م

هنا علينا الاصول وعليكم ان تفرعوا ولا يكون الفقيه فقيها حتى تلحن
له في القول فيعرف ما تلحن له ولظهور ارادة التعيين منهما مؤيدًا ذلك
كله بموافقة ما فيها للاعتبار ومناسبته لما سمعته سابقا مما شرع
لقطع التنازع والتخاصم فلا تقع التعدية واذا بان احد العوضين
المعينين في العقد مستحقا للغير او كان غير قابل للعوضية كالخمر والخنزير
بطل الصلح بلا خلاف ولا اشكال ضرورة انهما من اركان هذا الصلح
الذي قد وقعا فيه وان لم نقل انه يعتبر في الصلح العوض لقيامه قيام
الهبة والعارية الا ان الحكم بصحته منهما هنا غير ما قصدا فيه فالمقصود
لم يقع بالفرض والذي فرض صحته غير مقصود ولا يقاس ما هنا على المهر
في النكاح الذي فساده فيه لا يقتضي فساد العقد بكونه ليس باعتبار كونه
من الاركان فيه بل يرجع الى مهر المثل لحرمة القياس اولا ولعدم عوض مقرر
شرعا هنا كمهر المثل الذي يرجع اليه عند فرض عدمه ثانيا ولكون المهر
في عقد النكاح بعد ان دل الدليل على عدم فساد العقد بفساده صار
كالملتزم المستقل عن العقد بالنسبة الى الحكم المزبور بخلاف المقام الذي
لا دليل فيه كذلك وان ثبت وقوع الصلح بلا عوض كما هو واضح نعم كما في
من العوض في المتن وغيره ما قيد نابه لعبارة من كونه معينا اما
اذا كان مطلقا فظهر استحقاق المدفوع عنه مثلا رجع ببدله كالبيع
ولا فساد في العقد كما انه لو ظهر في العين عيب مثلا تخير بالفسخ ولا بطلان
لكون الصحة فيهما باعتبار الانسياق اليها كالمذكورة وصفا فيهما فمع فرض
عدمها يثبت الخيار لقاعدة نفي الضرر وغيرها نعم في تخييره بين الفسخ وبين
الارش كما في البيع اشكال اقواه العدم لحرمة القياس بعد اختصاص
الدليل بالبيع الذي لا يدخل فيه الصلح على الاصح ودعوى ان ثبوته ايضا يمكن
لقاعدة نفي الضرر كالخيار واضحة المنع ضرورة انها لا تقتضي الا عدم
اللزوم المترتب عليه الضرر ومن ذلك يعلم ثبوت كل خيار في البيع في الصلح
اذا كان دليله قاعدة نفي الضرر او غيرها مما يصلح لتناول الصلح كخيار

الغبن

الغبن الذي قد صرح به بلا نقل خلاف غير واحد وتخلف الوصف وعدم الوفاء
بالشرط واشتراط الخيار ونحو ذلك بخلاف ما اختص دليله بالبيع
كخيار المجلس والحيوان ونحوهما بناء على عدم فرعية الصلح للبيع والله العالم
وعلى كل حال فلا اشكال في انه يصح الصلح على عين بعين او منفعة وعلى
منفعة بمنفعة او عين للعموم المقتضية لذلك ولغيره من الصلح على
الحق اسقاطا او نقلا كحق الخيار او حق التحجير او حق الشفعة بجزء منه او بعين
او منفعة او غير ذلك من صور الاختلاط بل الظاهر انها تقتضي صحة الصلح
عن كل حق حتى يعلم عدم جواز اسقاطه او نقله شرعا ولذلك افراد
كثيرة كحق السبق الى الوقف وحق القذف وحق الغيبة وحق الرجوع في الطلاق
وفي البذل وغير ذلك مما تسمعه في تضاعيف هذا الكتاب وغيره نعم الظاهر
في كثير من الحقوق صحة الصلح لاسقاطها لا لنقلها بل لو شك فيه امكن
القول بعدم مشروعيته بعموم الصلح فتأمل جيدا ولو صالحه على دراهم
بدنانير او دراهم صح وان لم يكن ثم قبض في المجلس لما عرفت من عدم كون
الصلح فرعا للبيع عندنا وانه لا يعتبر فيه ما يعتبر في بيع الصرف على الاشبه
باصول المذهب وقواعده وكذا لو قام مقام البيع للسلم لا يعتبر فيه قبض العوض
في المجلس ولا غير ذلك من الاحكام المختصة بالبيع حتى الربا بناء على انه
منها نعم لو قلنا بشموله لجميع المعاوضات اتجه حينئذ جريانه في الصلح
وقد تقدم تحقيق ذلك في كتاب البيع وانه على كل حال لو اتلف على رجل ثوبا
قيمته درهم مثلا فصالحه عنه على درهمين او اقل من درهم صح على الاشبه
باصول المذهب وقواعده ولا اشهر بل في الدروس [illegible] لان الصلح وقع المشهور
عن الثوب او عن قيمته الكلية التي لا تختص بالدرهم لا عن درهم الذي لم
يثبت في الذمة لكن في المسالك في شرح هذه العبارة تبعا لجامع المقاصد
بل والدروس هذا انما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ليكون الثابت
في الذمة ثوبا ويكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح في ضمانه
بقيمته كان اللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين

كلام في عموم الصلح

الرباه فيبطل وهو الاقوى بل في الدروس انه لذلك ابطله في المبسوط
وفيه ان المعلوم من مذهبهم ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذي هو قد
نادر وليس ما في كلام المص والفاضل بل المشهور كما سمعت مبنيا على ذلك
بل هو اما لان الثابت في القيمي في الذمة نفسه كما هو مقتضى قوله على اليد
ما اخذت حتى بل قوله من اتلف آه وان كان الواجب دفع القيمة عنه
عوضا شرعيا لعدم امكان اداء نفسه وعدم معرفة مثله حتى يكون
اقرب من القيمة فالصلح اذا وقع يقع عنه لا عن قيمته وليس هذا
قولا بكون القيمي يضمن بمثله الذي هو معنى وجوب تادية المثل
التسامحي عرفا اولانه وان قلنا كون الثابت في الذمة قيمته غير
متعينة في خصوص الدراهم وان كان لو اديت منها كانت قيمة درهم
ومن الدينار كذا ومنها كذا وهذا لا يقتضي بكون الثابت في الذمة الدرهم
بخصوصه كي يستلزم الصلح عليها بدرهمين الربا لكون الصلح فرع البيع او
لان الربا يعم المعاوضات اجمع فيكون المراد من الثوب في المتن قيمته ح
ولعل غرض المص والفاضل وغيرهما ممن تعرض لهذه المسئلة التعريض
بما سمعته من الخلاف والمبسوط نعم قد يتوجه عدم الصحة على هذا الوجه
لو فرض ان النقد الغالب من جنس ما صالح به بناء على كونه ح هو الثابت
بخلاف ما اذا تعدد الجنس واستويا بان كان دراهم ودنانير والله العالم ولو
ادعى دارا وانكر من هي في يده ثم صالحه المنكر عن اسقاط دعواه على سكنى
سنة مثلا صح بلا خلاف ولا اشكال عندنا ولم يكن لاحدهما الرجوع عن
ذلك لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمة وكذا لو اقر له
المدعى بالدار ثم صالح المنكر المدعي المقر على سكنى سنة او ان الدار التي له من هي
في يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنة وعلى كل حال فهو صحيح بناء على
عدم اعتبار العوض في صحته بل ولازم بناء على ما سمعت من كونه عقدا
مستقلا براسه مندرجا تحت اوفوا بالعقود وغيره من ادلة اللزوم ولكن
قيل والقائل الشافعي من العامة والشيخ من الخاصة له الرجوع لانه هنا فرع

بيان صحة الصلح على سكنى الدار للمدعي

العارية

العارية اذ هو اباحة منفعة بلا عوض وقد عرفت سابقا ان الاول
اشبه باصول المذهب وقواعده وان افادة عقد مفاد آخر لا يقتضي
لحوق احكامه على ان الصلح هنا يقتضي ملك المنفعة لا اباحتها ولقد افصح عن
ذلك كله في الدروس بقوله ولو ادعى دارا فاقر له بها فصالحه على سكنى المقر
سنة صح ولا رجوع وان جعلناه اصلا وجوزناه بغير عوض ولو انكر فصالحه
المدعي عليه على سكنى المدعي سنة فهو اولى بعدم الرجوع لانه عوض عن دعواه وكذا لو
كان الساكن المنكر لانه عوض عن جحوده هذا ولكن في المسالك انما قيد المص بالساكن
من هي في يده مع جواز الصلح مع الاقرار والانكار ليتصور كون الصلح المذكور عارية
عند الشيخ لانه جعله اباحة منفعة بغير عوض اما لو اقر له بها فان الصلح وان جاز
كان المنفعة يقابلها عوض وهو العين فلا يتحقق العارية مع ان الشافعي لما
شرط في صحة الصلح الاقرار وجعله فرعا على العقود الخمسة مثل للعارية بما ذكره هنا
مع ان المدعى عليه مقرا ووجهه ان العوضين من واحد فكان الحكم راجعا الى
العارية ولا يخفى عليك ما فيه من وجوه النظر بل لا يكاد يتصور له وجه صحة
حتى ما حكاه عن الشافعي فان المنقول عنه في كره مثالا لذلك هو ان يكون في يده
دار فيقر له بها فيصالحه على سكناها شهرا فانه سواء اراد سكنى من في يده
المقر بها للغير او سكنى المدعي الذي فرض اقراره بها لمن هي في يده غير ما سمعته
منه غير خارج عند التأمل والامر في ذلك سهل بعد وضوح الحال انما الكلام في صحة هذا
الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض وكذا الصلح القائم مقام الهبة كما لو قال صالحتك
عن هذه الدار فيقول الآخر قبلت ونحوه في القائم مقام العارية صالحتك عن منفعة
هذه الدار سنة مثلا فيقول الآخر قبلت فيصح صلحا لازما وهكذا فان ما سمعته
من الدروس صريح في التردد فيه بل صرح الفاضل وغير واحد ممن تبعه بان
من اركانه المصالح عنه والمصالح به بل في موضع من كره انه معاوضة اجماعا
بل ارسله الكركي وغيره ارسال المسلمات قال فما عليه ان الصلح اذا وقع لدفع
الابراء كما لو صالحه من الحق على بعضه فانه صحيح لعموم شرعية الصلح و
ليس فيه عوض قلنا يكفي في المغايره الجزئية والكلية بل ربما كان في قوله

تحقيق للمصنف [illegible]

تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض اشعار به
بناء على ارادة المعاوضة من التجارة وان كان فيه ما فيه كما ان في الاكتفاء
بالجزئية والكلية في تحقق المعاوضة ما لا يخفى والا لكفى في غيرها على عقودها
على انه لا يتم في المقام مثل العارية كما في نحو المقام بل قد يعلم ما في دعوى كونه من
عقود المعاوضة مضافا الى خلو نصوص المقام عن اعتبار ذلك فيه بل ربما ظهر
منها خلافه كما لا يخفى على من لاحظها بل قد يدعى كون المستفاد منها ان كلما
يتفقان عليه ويصطلحان عليه تم ولم يكن فيه تحليل حرام او بالعكس كان من
الصلح الجائز وجرت عليه احكام الصلح من اللزوم وغيره وان كان مقتضى ذلك
عدم اختصاص ما يقوم الصلح مقامها بخمسة البيع والاجارة والهبة والعارية و
الابراء كما هو ظاهر جماعة بل صريح الكركي في حاشية الكتاب ضرورة كون
المتجه ح قيام الصلح مقام المضاربة وغيرها وبفائدته اللزوم وغيره من احكام
الصلح الا اني لم اراه مصرحا به بل ولا تحرير لهذه المسألة في كلامهم ولا ان المراد
بالمعاوضة الصورية لا الحقيقية بمعنى انه عقد تاليف عقده لا بد من صورة
مصالح عنه ومصالح به وليس في الادلة ما يقوم بذلك والمتجه ما عرفت ان
لم يكن اجماع على خلافه ولعل ما ذكره غير واحد من صحة الصلح على الذمة
بالانقص في غير الربوي بل وفيه حتى على القول بعمومه له باعتبار كون هذا الصلح
ليس معاوضة بل هو في معنى الابراء كما اعترف به في ح مستدلا عليه بقول النبي
لكعب بن مالك لما تخاصم مع آخر اترك الشطر واتبعه ببقيته وبانه روى عن
الص بل الظاهر عدم الفرق بين ان يكون صورته صالحتك على الف
بخمسمائة او بهذه الخمسمائة وان ظهرت منها صورة المعاوضة نعم الاقوى
جوازها ايض لاشتراكهما في الغاية نعم الاقرب كما في س الافتقار الى قبول
الغريم هنا وان لم يشترط في الابراء القبول لاجل اتمام عقد الصلح وعلى كل حال
فما ذكرنا يظهر لك اولوية الجواز فيما لو صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا
وان كان بجنسه كما هو مقتضى اطلاق الاصحاب لما عرفت من عدم كونه معاوضة
فلا يجري فيه الربا لكن في س بعد اعترافه باطلاقات الاصحاب الجواز

فالاقوى

قال وهو اما لان الصلح هنا ليس معاوضة او لان الربا يختص بالبيع او لان النقصة
في مقابلة الحلول في الثاني منهما انه لا يتم لفتوى جماعة او المشهور بعموم الربا
بل وكذا الثالث بان ذلك يقتضي جوازه في البيع ولا يقولون به فليس الا الاول الذي
هو قد افتى به في الصلح عن الحال ببعضه فضلا عن المؤجل وعلى كل حال فلو ظهر
استحقاق العوض او تعذر قبضه فالاقرب ان الاجل بحاله ولو ادعى على الميت
لا ببينة فصالح الوصي تبع المصلحة وما عن ابن الجنيد من اطلاق المنع في غير محله ايضا
وكيف كان فلو ادعى اثنان مثلا دارا مثلا في يد ثالث مثلا متفقين على تنوع
بان ملكهما لها بسبب موجب للشركة بينهما كالميراث فصدق المدعى عليه احدهما بعقدا
حقه دون الآخر كان ذلك مشتركا بينهما ولا يختص بالمقر له لما عرفت من
اتفاقهما على اتحاد السبب بالنسبة اليهما على وجه يمتنع استحقاق احدهما دون
الآخر ضرورة عدم الفرق بين الكل والبعض في الشركة بعد فرض اتحاد السبب
الذي لا فرق في اقتضائه الشركة بينهما مع فرض اقرار المتشبث بان نصف
الدار ليس له كان ح من متعلقات الميت باتفاقهما ولا معارض لهما فيه فيشتركا
فيه وتخصيص ذي اليد له باحدهما غير مجد بعد اتفاقهما فيما بينهما على مقتضى
الشركة في المقربه وانما نفع اقراره رفع يده عنه وح فاذا صالحه على ذلك
النصف الذي اقر له به بعوض فان كان باذن صاحبه ولو لاحقا صح
الصلح في النصف اجمع وكان العوض مشتركا بينهما وان كان بغير اذنه صح في حقه
وهو الربع خاصة وبطل في حصة الشريك وهو الربع الآخر هذا كله مع تصريح
منهما بالسبب المقتضي للتشريك اما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب
موجب للشركة كما لو قال احدهما ان النصف بالارث والآخر بالشراء لم يشتركا
فيما يقر به لاحدهما العدم المقتضي لها بعد فرض سبب ملك كل منهما غير الآخر
وانما الاشتراك قد جاء من جهة الاشاعة نعم لو قالا اشتريناها معا او
اتهبناها وقبضناها معا ففي كره الاقرب انه كالارث لاشتراك السبب
وهو احد قولي الشافعية والثاني انهما لا يشتركان فيما اقر به لان البيع من
اثنين بمنزلة الصفقتين فان تعدد المشتري يقتضي تعدد العقد وكانا

مسئلة ما لو ادعى اثنان
دارا في يد ثالث

بمنزلة مالو ملكا بعقد بن هذا خلاصة ما يقال في توضيح ما ذكره المص وجماعة
في القسمين لكن في ذلك فيه بحث لانه لا يتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح
على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يحملون اطلاقه على ملك البائع
والمصالح حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مط انصرف الى نصفه
خاصة لا النصف المشاع بينه وبين شريكه بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك
لشئ فيستوي فيه ما هو ملكه وملك غيره وح فاللازم هنا ان ينصرف الصلح
الى نصيب المقر له خاصة فيصح في جميع الحصة بجميع العوض ويبقى المنازعة بين
الاخر والمتشبث هذا اذا وقع الصلح على النصف مط او النصف الذي هو ملك
المقر له اما لو وقع على النصف الذي اقر به المتشبث توجه قول الجماعة
لان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون تابعا فيها وعلى
هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها وهذا
توجيه حسن لم ينبهوا عليه قلت لا يخفى عليك ما فيه لان الحق من ان ما ذكروه
من قاعدة الانصراف المذبور فيما اذا كان متعلق البيع مفادا وحق الشريك
البائع لا في نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للبائع والفرض
ان محط مورد البيع النصف على ان عبارة المتن وغيرها كالصريحة في ان المراد
النصف الذي قد اقر له به بل لم يقصد المشتري الا ذلك والا لا يجب ح
دفع العوض جميعا له وبقاء الربع من النصف المقر به للشريك ضرورة
عدم انتقاله بالبيع المفروض مورده النصف المدعى به الذي لا وجه للصلح
عنه الا على ارادة اسقاط الدعوى به ضرورة عدم ثبوت شئ له الا
الربع الحاصل من النصف المقر به فاذا فرض تنزيل الصلح على المختص به
ولو بدعواه الذي لا يلحقه شريكه فيه وهو الربع من النصف المقر به و
الربع من النصف في يد المتشبث يختص ح بالعوض ويكون الشريك على
ربعه في النصف المقر به ح وهو غير ما قصده المشتري قطعا بل غير
مفروض البحث اللهم الا ان يفرض ان المقر به بالنسبة الى المقر ليس
هو الا النصف الذي لا يلحقه شريكه بدفع فرض كون المقصود بالصلح

النصف

النصف الذي هو كذلك يتجه ح اختصاصه بالعوض ويبقى النزاع
بين الشريك والمتشبث فتامل جيدا والامر في ذلك سهل انما الكلام
فيما ذكره في جامع المقاصد فانه بعد ان قرر ما في القواعد بنحو ما سمعته
مناف لتقرير ما في المتن قال ولقائل ان يقول لا فرق بين تغاير السبب وكونه
مقتضيا للشريك في عدم الشركة لان الصلح انما على استحقاق المقر له
هو امر كلي يمكن نقله عن مالكه الى الاخر ولهذا لو باع الوارث حصته
من الارث صح ولم يتوقف على رضا الباقين فان اجيب بان الانكار
لاستحقاق الاخر صير النصف كالتالف فيجب ان منهما الامتناع تلف حصة
احدهما دون الاخر قلنا فاذا تغاير السبب يجب ان يكون كذلك مع اعتراف
المقر له بالتركة الى ان قال وقد نبه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه
على الكتاب ثم قال والذي يقتضيه النظر ان الحكم قبل قبض الوارثين صحيح
لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الورثة فهو
التالف فلا يجب عليهم وان لم يمكن الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم واظنه
انه لا خلاف في ذلك اما بعد القبض واستقرار الملك لهم وانقطاع كل
من الورثة عن حق الاخر فلا دليل على الحاق تعذر الوصول الى حق بعضهم
بالانكار مع عدم اليد بدعوه بتلف البعض في هذا الحكم والاصل بعدمه فينبغي
التوقف فيه فليلحظ الحكم المذكور في المبيع ولو كان المشترك دينا فاقر
لبعض وانكر بعضا ففي التركة قبل القبض لا بحث وبعد القبض وغير التركة من
اقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من ان الحاصل لهما والتالف عليهما
وعدمه وكانه اخذ ذلك مما حكاه في التذكرة عن احد قولي الشافعية
قال فيها بعد ان ذكر اصل المسألة بنحو ما قررناه هذا اذا لم يتعرض
لقبض الدار اما لو قال له ورثناها وقبضناها ثم غصبت منا فالاقرب انه
كذلك ايضا يشتركان فيما يقبضه المقر له منه لان ايجاب الارث له
الشيوع وهو لا يختلف وهو احد قولي الشافعي ومحكي عن ابي حنيفة و
مالك والقول الاخر لهم انه لا يشاركه لان التركة اذا حصلت في يد

نقل من التذكرة ببعض التفاوت عما تقدم.

الورثة صار كل منهما قابضا لحقه وانقطع عما في يد الاخر ولهذا يجوز ان الغصب على نصيب احدهما خاصة بان تزال يده فان المغصوب لا يكون مشتركا بينهما لكن في ذلك بعد ان حكي عن الشهيد والمحقق ما سمعت من انصراف الصلح الى حصة المقر له من غير مشاركة الاخر مطلقا وعن الاخير منهما الفرق بين الصلح قبل قبض التركة وبعده قال هذا الفرق انما يتم فيما لو قبض احد الوارثين شيئا من اعيان التركة او باعها اما الصلح فيبني على ما لو صالح احد الشريكين في الدين على حقه فيه هل يختص بالعوض ام لا والظاهر الاختصاص لان الذاهب لا يخرج عن كونه حقا له والصلح لم يقع على عين خاصة حتى يشتركا في عوضها وانما وقع على حقه وهو ممكن نقله بعوض وغير عوض فالبحث السابق قبله آت في مسألة الارث قبل القبض وبعده وبما ذكرنا يعلم حكم المدعى المذكور الذي قد صولح على بعضه لو كان دينا فان قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض احد الشريكين في الدين حصته بالصلح وقد تقدم الكلام فيه في باب القرض ويأتي فيه في كتاب الشركة مزيد بحث والتحقيق ان يقال ان محل كلام الاصحاب في الدعيين المتفقين على اتحاد جهة ملكهما وانه ليس لاحدهما اختصاص عن الاخر بوجه وح فاقرار المتشبث بالنصف لاحدهما لم يفد في حق المقر له فائدة تخصه بعد سبق اقراره لشريكه وانما اقتضاه صيرورة هذا النصف لا يد لاحد يعارض مورثهما فيبقى على الارث بينهما بمقتضى اقرارهما وح كالو قال من في يده الدار ان نصفها ليس لي ولا ريب في اشتراكهما فيه وفي نقص الاخر منهما بسبب النصف الاخر الذي بيد المتشبث عليه واما على فرض احتمال اختصاص احدهما بالمقر به دون الاخر الذي يحتمل في حقه انه قد باع حقه من المتشبث او وهبه اياه او نحو ذلك لم يشارك المقر له بل وكذا الواضح كل منهما في نصفه مختلف احدهما اليمين المردودة دون الاخر وح فما وقع من اول الشهيدين وتبعه الكركي من احتمال اختصاص المقر له بعوض النصف الذي قد صالح عنه المقر له قياسا على بيع الشريك حصته الشاعة التي لا يتصور الاشتراك فيها في غير محله ضرورة صراحة كلامهم في فرض المسألة في الصلح عن النصف المتفقين على اتحاد جهة اشتراكهما فيه وعدم اختصاص احدهما به فلا يتصور اختصاصه بعوض النصف المعلوم عدم كونه

له وان تصدق ربع منه بيد المتشبث على نحو شريكه ولو فرض وقوع الصلح على وجه ينطبق على نصفه المستحق له في الواقع الذي لا يشاركه فيه الشريك كان كذلك لكنه يكون خروجا عن موضوع مسألة الاصحاب التي فرقوا فيها بين اتفاقهما على سبب الاشتراك وبين اختلافهما فيه وسكوتهما عن ذلك فحكموا بالاختصاص في الاخيرين دون الاول ومنه يظهر الوجه في عدم الفرق في المسألة بين قبض وعدمه وبين كون السبب الارث وغيره وما وقع عن الكركي اخيرا ايضا من التفصيل بذلك الذي قد عرفته لبعض الشافعية في غير محله فنا من اجد التنبيه لك الحال في اطراف المسألة التي منها على مية القاعدة في ان المال المشترك ما يذهب منه عليهما وما يبقى لهما ومنها ان الحصة المشاعة التي هي للشريك لا شركة لاحد فيها فاذا اراد الصلح عنها ملكه لم يلحقه الشريك بعوضها ومنها انهم قد ذكروا في انه لو اقر بان نصف الدار لزيد والاخر له ولشريكي وانكر الشريك كان النصف الباقي بايديهما بينهما على حسب نسبة الربع الى النصف وما انكر عليهما وان كان المختص بالانكار المقر له بخلاف ما ذكروه فيما لو اقر احد الاخوين بثالث فانكره الثالث فانه يختص النقصان بالمقر له واما المقر فيأخذ نصيبه تاما ولعل السبب في ذلك استناد الاول الى اليد ونحوها التي تقضي على الشريكين بخلاف الاخير الذي يختص الخصومة فيه بين المقر له وبين المنكر لها او صحناه في غير المقام والله العالم بحقائق احكامه ولو ادعى عليه شيئا مثلا فانكر او اقر او لم يكن دعوى اصلا فصالحه المدعى عليه مثلا عما ادعاه به على سقي زرعه او شجره بمائه اي ما يسقي به زرعه او شجره من ماء المدعى عليه قيل والقائل الشيخ فيما حكي عنه لا يجوز لان العوض الماء وهو مجهول فلا يصح الصلح بناء على فرعيته على البيع وفيه وجه اخر بالجواز مأخذه جواز بيع ماء الشرب اي النهر مقيدا بالمدة بعد المشاهدة بل قد عرفت فيما تقدم المنع من فرعية الصلح للبيع اولا وقد عدم قدح مثل هذه الجهالة في الصلح ثانيا لكونها تؤول الى العلم نعم قد يمتنع الصلح على المجهول الذي لا يؤول الى العلم كالمبهمة من الغريب منع الشيخ من ذلك مع انه المحكي عنه في الدروس جواز بيع الاكثر ماء البئر والعين وبيع جزء مشاع منه وجعله

باب صحة الصلح من المعلوم بسقي الزرع والشجر

عوضاً المصالح ومن هنا قال في المسالك يمكن ان يكون منعه من الصلح على الشيء المذكور
مع انه لابد له عليه الاطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في احد الاقسام لانه لم
يستحق جميع الماء ولا بعضاً منه معيناً وانما استحق سقياً لا يعرف قدره ولا مدة
انتهائه ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع ولو تعلق السقي
فقيه اراثما لم يبعد الصحة لان جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح قلت قد
يقوى بالتسامح في الاول ايضاً اذا كان لتحقق مسمى السقي قدر في العرف وان اختلف
افراده اختلافاً لا يقدح في مثل الصلح وح فلا يعتبر اشتراط المدة وان ذكره
جماعة ولو الدوام في الصلح على انه لا يرتفع جهالة مقدار الماء الذي هو العوض
او المعوض اذ ليس الغرض من الاجارة بل ان نقل الاعيان المقدرة بمثل ذلك لتندرج
تحت عموم الصلح كما عرفته فيما تقدم اما لو صالحه عما ادعى به مثلاً على اجراء
الماء من سطح المدعي الى سطحه او ساحته اي المدعى عليه او على اجرائه في
ساقيته المحفورة له صح للعموم بعد العلم بالموضوع الذي يجري الماء منه لاختلافه
صغراً وكبراً باعتبار قلة الماء وكثرته لكن في المسالك المراد بعلم الموضوع
الذي يجري الماء منه ان يقدر مجراه طولاً وعرضاً لترتفع الجهالة عن المحل
المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئاً ملك قراره الى تخوم الارض
وفيه ان ما ذكره في الصلح عما ادعى به على مجرى الماء لا على استحقاق اجرائه الذي
هو مفروض في المتن ولذا قال في الدروس ولو جعل عوض الصلح عن الدعوى
مجرى الماء في ارضه قدر المجرى طولاً وعرضاً لا عمقاً لان من ملك شيئاً ملك
قراره الى تخوم الارض ولو جعل اجراء الماء في ساقية محفورة مشاهدة جاز اذا
قدرت المدة قال الشيخ ويكون فرع الاجارة وفي المجرى فرع البيع قال الشيخ و
لو كانت الساقية غير محفورة لم يجز الصلح على الاجراء لانه من استيجار المعدوم
ويشكل بامكان تعيين مكان الاجراء طولاً وعرضاً واشتراط حفره على مالك
الارض او على المجري مادة نعم لو كانت الارض موقوفة او مستاجرة لم يجز
لو صالحه على المدعى به على اجراء الماء من سطحه سطحه على سطح المدعى
عليه اشترط العلم بسطح المدعي وهو كالصريح فيما ذكرناه ومن ذلك يعلم ما في قوله

بيان صحة الصلح على اجراء الماء الى السطح او الساحة

اي المسالك ايضاً قد اطلق المص وغيره حكم الماء من غير ان يشترطوا مشاهدته
لترتفع الغرر ولا بأس باعتباره لاختلاف الاغراض بقلته وكثرته ولو كان
ماء مطر اختلف بكبر محله وصغره فمعرفته تكون بمعرفة محله ضرورة انك
قد عرفت فرض مراد المص الذي ترتفع الجهالة عند العلم بالموضع الذي يجري
الماء منه فانه كاف في رفع الغرر ثم قد يناقش في اصل اعتبار ذلك لعموم
الصلح وقبوله من الجهالة والغرر ما لا يقبله غيره وعلى كل حال فاذا وقع
السطح او احتاجت الساقية الى اصلاح وجب ذلك على المالك لتوقف
الحق عليه وليس على المصالح الذي له حق الاجراء مساعدته والله اعلم واذا
قال المدعى عليه صالحني لم يكن اقراراً لانه قد يقع مع الانكار كما عرفته
فيما تقدم خلافاً للبعض العامة فجعله اقراراً بناء على عدم صحته الا معه
هو كما ترى اما لو قال بعني او ملكني كان اقراراً في عدم كونه ملكاً له لاستحالة
طلب تحصيل الحاصل نعم ليس هو اقراراً بكونه ملكاً للمخاطب الذي طلب منه
ذلك لاحتمال وكالته او ولايته فيبني ح على اصالة عدم ملكه وح فلو
اقر به ح لغيره لم يكن رجوعاً مقتضياً للضمان اللهم الا ان يدعي دلالة
العرف على كونه ملكاً له فيترتب عليه ح الحكم المزبور ضرورة كونه
التبع فنحو ذلك ولولاه لامكن المناقشة في اصل الاقرار بطلب البيع لاحتمال
ارادته ذلك منه على تقدير كونه ليس له احتياطاً فانه يريد ملكاً له في
الواقع وان كان محكوماً بكونه له في ظاهر الشرع ولو صالح اجنبي المدعي عن
المنكر صح عيناً كان او ديناً اذن او لا لانه في معنى قضاء الدين لكن عن
المبسوط انه يرجع عليه ان دفع باذنه سواء صالح باذنه او لا والا فلا
رجوع لانه متبرع وقد يشكل الرجوع بما اداه ولو باذنه مع كون الصلح
باذنه بغير اذنه بالقضاء وعقد الصلح لزم المال للاجنبي فلا عبرة بالاذن
اذا كان قد صالح ليؤدي هو بل وكذا لو صالح مطلقاً نعم لو صالح ليؤدي
المدعى عليه كان الصلح فضولياً ولو صالحه لنفسه لا عن المنكر صح و
انتقلت الخصومة اليه لكن في الدروس ان تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله

طلب الصلح لم يكن اقراراً

الفسخ لعدم سلامة العوض وفيه تأمل نعم لا فرق في صحة ما ذكرناه من الصلح بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح اولا على الاقوى ولو ادعى الاجنبي انه وكيل المدعى عليه في الصلح فصالحه المدعي صح فان انكر المدعى عليه وكالته حلف ولكن له اجازة العقد بعد حلفه وقبله والله

وكيف كان فيلحق احكام التنازع في الاملاك لنوع من الاعتبار الذي هو ما عرفت من كون الصلح لقطع التنازع على انه ربما يذكر الصلح في بعض افراده ولم يلحظ ذلك في الدروس فجعله كتابا مستقلا سماه بكتاب في تزاحم الحقوق والامر فيه سهل وعلى كل حال ففيه مسائل الاولى لا خلاف ولا اشكال في انه يجوز اخراج الروشن والاجنحة ونحوهما الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارة ولم يعارض فيها مسلم للسيرة المستمرة في سائر الاعصار والامصار من زمن النبي صلى الله عليه وآله الى يومنا هذا وقد وضع هو ميزابا لدار عمه العباس بل هي كذلك من غير حاجة الى الاذن من حاكم ولا من غيره سواء قلنا بكون الهواء ملكا للمسلمين او باقيا على الاباحة الاصلية فليس لاحد منعه اعتبار اذن الامام في وضع الجناح في غير محله بل هو كذلك ولو عارض فيها مسلم على الاصح لعدم ثبوت حق له في المعارضة لما عرفت من استمرار السيرة المعتضدة بالفتوى على فعل ذلك وعدم الالتفات الى المعارض خلافا للمحكي عن الخلاف والمبسوط من انه لكل مسلم معه منعه لانه حق لجميع المسلمين ولانه لو سقط شيء منه ضمن وهو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولانه لا يملك القرار فلا يملك الهواء وفيه ما لا يخفى بعد ما عرفت بل هو واضح منعه معاند لا حق له والضمان بعد تسليمه لا ينافي الجواز كما في صورة عدم المعارضة التي قد وافق فيها وجواز الفعل لا يتوقف على كونه مالكا كما هو واضح نعم يعتبر فيه عدم الضرر على المارة بل في المسالك وغيرها ان المعتبر ما يليق بتلك الطريق عادة فان كان قد يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح ما لا عادة ولا يعتبر في التذكرة مروره ناصبا رمحه

احكام التنازع في الاملاك

فيه مسائل

الاولى

مسألة تعرض جواز اخراج الروشن والاجنحة الى الطرق النافذة

لانه قد تزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ونفاه في الدروس لندوره ولامكان اجتماعهم مع امالته على وجه لا يبلغهم وهو اقوى وان كانت مما يمر فيها الابل اعتبر فيها مروره محملا ومركوبا وعلى ظهره محمل ان امكن مرور مثل ذلك وهكذا يعتبر ما يجري العادة بمروره على تلك الطريق قلت قد يقال ان المعتبر عدم الضرر حتى في الصور النادرة لان المتيقن من الجواز فيما هو حق للمسلمين كافة والبداوة فيما يستعد من التذكرة فيعتبر حينئذ في الطريق كونه على الوجه المزبور وان لم يعتد فيه ازدحام الفرسان والابل والكنائس الا انه ربما اتفق ذلك خصوصا بناء على ان الاصل المنع لتعلق حق المسلمين باجمعهم ولمعلوم جوازه من سيرة ذلك لا غيره نعم لو قلنا ان الاصل الجواز لكونه من مباح الاصل فيقتصر على المتيقن وكيف اتجه ما ذكروه الا ان الاول لا يخلو من قوة هذا كله في ضرر المارة وفرق بينه وبين ضعفه اما تضرر غيرهم كالجار بالاشراف عليه ونحوه ففي المسالك وغيره لا عبرة به كما لو وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه فان المحرم التطلع عليه لا البناء المشرف عليه خلافا للتذكرة حيث الحق الاول بتضرر المارة وفرق بينه وبين وضعه في ملكه بان الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرر لان الهواء ليس ملكه بخلاف الموضوع في ملكه لان للانسان التصرف في ملكه كيف شاء وان استلزم الاشراف على الجار او الظلمة عليه وانما يمنع من الاشراف لا من التعلية المفضية الى ذلك الى ان قال ولست اعرف في هذه المسألة بالخصوص نصا من العامة ولا من الخاصة وانما صرت الى ما قلت عن اجتهاد ورده بعضهم بان المعتبر عدم الضرر باهل الطريق من حيث الاستطراق الموضوع له الطريق اما غير ذلك فلا دليل على المنع منه بل قد يدعى انه لا عبرة بضرر غير المعتاد سلوكه فضلا عن غير المارة فهو حينئذ كمن احدث بناء في مباح استلزم الاشراف عليه وتقييد العلامة وغيره الضرر بالمارة دليل على ذلك انما هو الضرر في هذا الفرع خاصة قلت يمكن ان يكون بناء العلامة ما ذكرنا من ان المسلمين باجمعهم الطريق صار هواؤه وقراره وهو انه ملكا لهم اجمع فلا يجوز لاحد منهم التصرف فيه بغير اذنهم او اذن وليهم الا ان السيرة جرت

بيان حكم الروشن اذا علية تقرب الجار بالاشراف

علي فعل ذلك والمتيقن منها الخالي عن ضررهم من جهة الاستطراق وغيره اما الخالي
عن ضرر الاستطراق خاصة دون غيره فلا سيرة عليه فيبقى على اصل المنع اللهم
الا ان يدعى كونها كذلك ايضا لكنه كما ترى واما عمل السرداب في الطريق النافذ فاذا
احكم ازجه ولم يضر الطريق من وجه بحيث يضر بالمارة فقد صرح غير واحد
بجوازه للسيرة ايضا نعم لا يجوز ذلك في المرفوع الا باذنهم وان احكم ومثله الساقية
من الماء وان لم يكن لها رسم قديم لكن الفاضل منع من عملها في النافذ وان احكم
الازج عليها اما لو عملها بغير ازج فانه يمنع منها اجماعا كما في الدروس ولكل احد
ازالتها ولو تضرر الجار بالسرداب او الساقية فالظاهر جريان البحث السابق
فيهما ولا يجوز احداث دكة فيه ونحوها على باب داره وغيرها لاهل الدرب
وغيرهم نعم ربما ظهر من بعضهم جوازه في الزائد على القدر شرعا عنه وفيه
ان الزائد بعد احياء المسلمين له بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبة
الى ذلك ولعله لذا قال في الدروس انه ضيق الطريق او ضاق لان احياء الغير
غير جائز اذ هو مشترك بين مارة المسلمين فليس له الاختصاص المانع من
الاشتراك فيها وكذا لا يجوز له الغرس فيه وان كان هناك متسع وحملات منه
الزقاق قد يصطدم ليلا وتزدحم فيه البهائم ليلا ولانه مع بقائها لا
ينقطع اثر الاستطراق في ذلك ويحتمل جوازه ما لم يتضرر به المارة من
ذلك كالروشن والساباط ويضعف بانها في الهواء بخلاف الدكة والشجرة
وعلى كل حال فلو كانت الرواشن والاجنحة ونحوها كلها مضرة وجب ازالتها
على الواضع الغاصب وعلى كل قادر على رفع المنكر ولو كان غير ضار بان اظلم
بها الطريق على وجه ذهب الضياء منه اصلا فانه لا خلاف ولا اشكال في
انه يجب ازالتها بل في الكفاية الاجماع عليه بل وكذا اذا ذهب على وجه يضر
المارة ولو ضعيف البصر منهم ولو ليلا لما عرفت من اعتبار عدم الضرر
في الجواز فما عن الشيخ من اطلاق عدم تاثير الظلمة في المنع في غير محله اللهم
الا ان يريد ما لا ضرر فيها على المارة فانه وجود ظلمة من اللوازم وقد عرفت
السيرة مع ذلك على فعلها كما لا خلاف في انه يجوز فتح الابواب المستجدة فيها

Margin: بيان حكم احداث الظلمة على الطريق بها

ان الطرق

ان الطرق النافذة سواء كانت لها باب اخرى اليها او الى الطريق المرفوع ام لا لما عرفت
من ان المسلمين في ذلك شرع سواء ولا يقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة
اليها بسبب الباب المفتوح في بعض الصور لان ذلك انما يوجب نفوذ داره لا نفوذ
الطريق اذ ليس لاحد دخول داره الا باذنه فلا يتحقق نفوذ الطريق بالوقف عن
عقد فلا باس به ايضا للاصل وغيره هذا كله في الطرق النافذة اما المرفوعة
وهي التي لا تنتهي الى طريق آخر ولا مباح بل الى ملك الغير فهي ملك حقيقة لاربابها
الذين لهم ابواب نافذة اليها دون من يلاصق داره ويكون حائطه اليها
من غير نفوذ فلهم سدها على التشكيك والارتفاق بها كغيرها من املاكهم
ولهم قسمتها فيما بينهم وادخال كل منهم حصته الى داره خلافا لبعض
الشافعية فمنع من سدها لان اهل الشارع يفزعون اليها اذا عرض لهم
سبب من زحمة وشبهها وضعفه واضح كما انه لا يجوز لاحد من غير اربابها
احداث ساباط ولا باب فيها ولا جناح ولا غيره الا باذن اربابه سواء
كان مضرا او لم يكن لانه مختص بهم وكذا ليس لبعضهم ذلك الا باذن شركائه
لكن على بحث ستسمع الحال فيه ان شاء الله بلا خلاف اجده في شيء من ذلك
بل كانه اجماع خلافا لاحد قولي الشافعية من انه لا يجوز لغير اهل السكة
ذلك منه واما هم فيجوز لكل واحد منهم اشراع الجناح والروشن وغيرهما
اذا لم يضر بالمارة لان لكل واحد منهم الارتفاق بقرارها فكذا هواؤها
كالشوارع وفيه بعد حرمة القياس عندنا امكان الفرق بحصر اهل الطرق
المرفوعة دون الشوارع فاعتبر اذن الاولين وعومل معاملة الدار
ونحوها من الاملاك بالنسبة الى ذلك وان لم يتضرر بخلاف الشوارع
التي لا حصر لاهلها وجرت السيرة على التصرف فيها بما لا ضرر فيه على
استطراقهم فالحكم فيها على هذا الوجه ولو لهذه السيرة ونحوها فما عن
المقدس الاردبيلي من الوسوسة في ملك ارباب الطرق المرفوعة لاهاليها في
غير محله لا لما في الحدائق من ان التصرف دليل الملك ولكن في الشوارع لما
لم يكن المتصرف معينا لم يترتب عليه الملك بخلاف المرفوعة اذ هو كما

Margin: عدم جواز احداث شيء في الطرق المرفوعة

توقفا بل ما عرفت من ان الطريق المرفوع ان كان بعض ملكهم اخرجوه لهم فيما بينهم
لهذه المنفعة الخاصة فلا اشكال وان كان من المباحات فقد احيوه وحازوه
على هذا الوجه الخاص بهم ضرورة كون احياء كل شيء بحسب حاله وهذا وان
اقتضى كون الشارع ملكا للمسلمين باعتبار هذه الحيازة التي ليست من معين بل
لمعين سلكها ايضا على العموم يقتضي ذلك ايضا الا انه للسيرة المستمرة في العرف
الاعصار والامصار جعل ذلك على الوجه المزبور من غير رجوع الى اذن حاكم
الشرع بل البلد ولا لغيره من تمكين المنع مع فرض عدم تضرر اهلها وعدم اعتبار
المساواة في استطراق اربابها قلة وكثرة منه او من اتباعه والمترددين بل قد
يقع بحصول الاذن شرعا وان كان فيهم مولى عليه من طفل او غيره بل يمكن القول
بذلك حتى مع منع بعضهم لكن في الدروس يجوز للاجنبي دخول السكة المرفوعة
بغير اذن اهلها عملا بشاهد الحال والجلوس غير المضر بهم ولو نهاه احدهم
حرم ذلك وفي المسالك ومما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير اذن اهلها
المرور فيها والوجه فيه ما تقدم من الملك ولا قوي الاكتفاء فيه بشاهد الحال
فلو منع احدهم حرم اما الجلوس فيها وادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا
الا مع اذن الجميع لاصالة حرمة مال الغير بغير اذنه وانتفاء شاهد الحال
فيه غالبا نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر فيه ولد لشاهد الحال وكذا الفاضل
في التذكرة ويمكن ان يريدوا بشاهد الحال تلك الاذن الشرعية وظاهرهم الحرمة
بمنع احدهم وان اذن له من اراد دخوله اليه بل فان كان من اضيافه
او اتباعه بل مقتضى ذلك ان لبعضهم منع الاخر ايضا الى غير ذلك من الاحكام
المترتبة على الشركة الحقيقية المعلومة بالسيرة خلافها وانه الظالم وكذا لا يجوز
لغير اهلها بل واهلها ايضا لكن على التفصيل الاتي لو اراد فتح باب الاستطراق
فيه بلا خلاف اجده فيه دفعا للشبهة الحاصلة منها على مر الازمان فانها
امارة على استحقاق الاستطراق وبذلك فرق بينها وبين رفع الجدار الحائل
لمقطعا الذي لا امارة فيه لكن قد يقال ان ذلك كذلك الا انه لا دليل على
جواز منعه بذلك فان له التحرز بدفع ضرر هذه الشبهة بالطرق المعدة مثل

عدم جواز فتح باب مستحدثة فيها

ذلك وليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف في الملك يجب تركه ومن هنا لا خلاف في انه
يجوز فتح الروازن والشبابيك المقابل الى دار الجار للاستضاءة بها او لغيره مما
لا يحرم عليه مع عدم الاذن بل مع النهي لعموم تسلط الناس على اموالها نعم للجار وضع
شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه وان منع الضوء ونحوه وكيف كان فمع اذنهم في كل ما عرفت
منعه فلا اشكال في الجواز ولا اعتراض لغيرهم الخارج عنهم فانه لا حق له وما
سمعته من بعض الشافعية واضح الضعف ولكن الظاهر كون ذلك كالعارية يجوز
لكل الرجوع عن ذلك بل يبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون والاغماء ونحوهما
نعم في التذكرة له الارش للسببية في اتلاف المال على اشكال ولعله لامكان منع التسبيب
بعد فرض كونها عارية من حكمها جواز الرجوع بها اللهم الا ان يقال انه لم يعلم
جواز الرجوع بها لقاعدة الضرر ولو صالح من له حق منهم على احداث روشن

حكم ما لو صولح على احداث روشن

مثلا قال القائل الشيخ لا يجوز لانه لا يصح افراد الهواء بالبيع والصلح فرعه
وفيه تردد بل اذ المقدمتان ممنوعتان للعمومات ما خص وصاعو ما الصلح المقتضية جوازه
وان قلنا بعدم افراده في البيع لكن في الدروس اما الوصلحوا على ذلك بعوض فانه
لازم مع تعيين المدة وان كان بغير عوض بني على اصالة الصلح او فرعيته
العارية وفي التذكرة لو صالح واضع الروشن او الجناح او الساباط او باب
الدرب واصحاب السكة على وضعه جاز على الاظهر عندنا لكن لا اولى على اشتراط
زمان معين وفيه منع اعتبار المدة في الصلح عنه المراد به نقله نفسه اليه
نعم لا اشكال في اعتبارها لو اريد من القائم مقام الاجارة مثلا ولو فرض
الاذن منهم على انشاء التمليك له مجانا او بعوض ملكه ولكل حكمه ضرورة كون
الفضاء ملكا كسائر الاملاك فيجري عليه جميع احكامها ولو كان للانسان
داران مثلا باب كل واحد منهما الى زقاق غير نافذ جاز له ان يفتح بينهما بابا
فضلا عن الباب فيه بل يجوز فتح باب ذات الشارع الى ذات السكة فضلا عن
العكس كل ذلك للاصل وقاعدة التسلط واولويته من رفع الجدار الحائل
بينهما وجعلهما واحدة الجائز له اجماعا في جامع المقاصد وقولا واحدا في التذكرة
فما عن بعض العامة من عدم الجواز لانه يثبت له حق الاستطراق في درب

جواز فتح الباب بين بابي الدارين الى الزقاق غير النافذة

مملوك لدار لا حق له فيه ولانه ربما ادى الى اثبات الشفعة لو بيعت بعض
دور واحدة لطريقين بسبب الاشتراك والطريق لكل واحد من الدارين في
زقاق الاخرى على تقدير القول بثبوتها بذلك ومع الكثرة وفيه ان فتح الباب
لا يوجب حقا للدار في الطريق الاخر وانما اباح الانتقال من داره الى داره الاخرى
ومتى صار فيها استحق المرور في طريقها تبعا للكون الثاني والدار الذي هو فيها
لا الاول وح فكل دار على ما كانت عليه من استحقاق الشفعة بالشركة في
الطريق ولا يتعدى الى الاخرى وان جاز الاستطراق لكن قد يقال ان الفتح
المزبور وان لم يفد الحق المذكور الا انه يورث شبهة في الاستحقاق نحو الباب
المفتوحة لغير الاستطراق الذى قد سمعت تصريحهم بالمنع منها اللهم الا
ان يمنع حكمهم على ذلك بخلاف فتح الباب في الطريق وعلى كل حال كما في الدروس
عن ظاهر الشيخ اشتراك اهل الزقاقين في الدرب من الجانبين فتبطل ح شفعة
كل منهما بالكثرة او تثبت بناء على ثبوتها معها الا وجه لها ولعله الى ذلك اشار
في القواعد بقوله ولذي الدارين المتلاصقين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما
وفي استحقاق الشفعة ح نظر وان كان في جامع المقاصد في الاحتمالات فيها
والله العالم ولو احدث الاجنبي او بعض اهلها في الطريق المرفوع حدثا على غير
الوجه الشرعي جاز ازالته لكل من له الاستطراق من غير فرق بين المضر
وغيره وبين كونه في الهواء كالروشن او في الارض كالدكة ولا بين وقوعه
باذن بعضهم وعدمه بل لو بقي واحد بغير اذن كان له الازالة بل والاذن
ذلك ايضا لقاعدة التسلط واذن بعض الشركاء لا يتعدى في المال المشترك
ولو كان في زقاق بابان مثلا احدهما ادخل من الاخر فصاحب الاول
يشارك الاخر في مجازه وينفرد الادخل فيما بين البابين على المشهور بين
الاصحاب كما في المسالك لان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق
ونهايته بابه فلا يشارك الداخل بخلافه وقيل يشترك الجميع في
الجميع حتى في الفضلة الداخلة وصدرها اي اسفلها لاحتياجهم الى ذلك
عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال ولان انتقاض تصرف الخارج

حكم البابين في زقاق وكان احدهما ادخل من الاخر

لان

٥٠

على نفس ما يخرج عن بابه امر بعيد بل متعسر والمتعارف الاحتياج الى ازيد من
ذلك ولظهور اتخاذ جميع اهل الدرب ثبوت اليد عليها اجمع حتى الفضلة التي
تكون فيها فالقول بالاقتصار على محاذي الباب غير جيد ولعله لذا قوى
في الدروس الاشتراك في الجميع كما ستسمعه انش وعليه يتضح الوجه في الحكم
باشتراك الفضلة بينهم فيما لو كان في الزقاق فاصل الصدر بها اي اسفلها او
تداعيا او لم يتداعيا فيها اذن فيه سواء للمعرفت من كونه جزءا من الطريق
الذي يدهم جميعا عليه بالاستطراق وغيره من وجوه الارتفاق على وجه
لا اولوية لاحد منهم على الاخر واحتياج الداخل الى استطراق ما بين البابين
للدخول الى داره لا يقتضي اختصاصه بذلك لما بعد ما عرفت من مشاركة غيره
في الارتفاق به وان لم يحتج اليه في الاستطراق الى داره وح فلا وجه لاشكال
ذلك ليتوقف الانتفاع بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن للخارج
حق السلوك لا يترتب على قصر ذلك الفاسد ثبوت يد على الداخل لامكان ويلا الى
دفعه بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له ومع ذلك فيمكن دخول
الخارج اليها نادر الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في ملك الطريق فمع فرض
اشتراكهم في اليد عليها حكم باشتراكها فيما بينهم ولا يرد مثله في المسلك بين
البابين حيث لا يجوز للخارج دخوله بذلك لان الداخل له عليه يد بالسلوك
المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بداره الا به بخلاف الفضلة فان يدهم فيها
سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك اذ هو كان بعد ما
عرفت من ان يد الداخل على ما بين البابين لا تنافي يد غيره ايضا عليه بالسلوك
به للفضلة او لغيرها من مقامات الارتفاق فالتحقيق ح بناء ذلك على
اشتراك الجميع في الجميع الذي قواه في الدروس ويؤيده ظهور اتخاذ كيفية احياء
الطريق المرفوع والطريق العام فكما ان اتخاذ جملة من المسلمين طريقا على
جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة حتى لمن لم يستطرق منهم لانه وقع من
وقع لعنوان الجميع كذلك الطريق الخاص الذي اتخذ طريقا خاصا الى دورهم
على جهة الاشتراك بينهم في سائر وجوه الارتفاق التي منها الاستطراق

الى الدار فكل منهم قد اتخذه لجميعهم على هذا الوجه ولذا كان بينهم اجمع على
الشركة ومن ذلك يعلم النظر فيما ذكره المص وغيره من متاخري الاصحاب من
انه يجوز للداخل ان يقدم بابه الى الخارج وكذا الخارج يجوز ان يقدم بابه
ولكن لا يجوز له اي الخارج ان يدخل بابه الى اسفل وكذا الداخل بالنسبة الى
الادخل الذي هو خارج بالقياس اليه فان ذلك كله مبني على اختصاص كل داخل
عن الخارج بما دخل عنه ومشاركته فيما خرج ح فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت
حق الاستطراق له في جميع الطريق الى بابه فكل ما خرج عنه له فيه حق وله حق
التصرف في جداره برفعه اجمع فبعضه اولى بل مقتضى اطلاق المتن وغيره
عدم الفرق بين سد الباب الاول وعدمه بل صرح به بعضهم وان توقف
فيه آخر باعتبار اقتضاء ذلك تعدد حق الاستطراق الى الدار لكنه في
غير محله بخلاف الخارج فانه لا حق له في الاستطراق الى ازيد من بابه فليس
له ح ان يدخلها وان كان ربما اشكل ذلك بانه قد كان له في السابق فتح
بابه من اي جهة شاء من جداره بل له رفع الجدار اجمع فلا وجه لعدم
جواز ادخال بابه لكن قد يدفع بانه وان كان له ذلك قبل ذلك الا انه
تشخص حقه بالباب التي استطرقها فله ح الاستطراق من اي جهة شاء
من جداره منتهيا الى تلك الباب دون الادخل منها ورفع الجدار كله
لا يقتضي ثبوت حق الاستطراق من اي جهة منه بل بناء على انتهاء اختصاصه
الى بابه يكون كذلك بعد رفع الجدار ايض نعم ذلك كله مبني على الاختصاص
والاشتراك المزبورين اما بناء على ما ذكرناه من اشتراك الجميع في الجميع فالمتجه
ح تساوي الاخراج والادخال من كل منهم في الجواز وعدمه لتساوي الجميع
في الاستحقاق وقد يقوى الجواز بالنسبة الى الاستطراق الذي بناء الشركة
على عدم معارضة احدهم الآخر فيه فيجوز فتح من اي جهة شاء من جداره
خارجا عن بابه الاول او داخلا بل مع سد الاول وعدمه لان له حق
الاستطراق متحدا او متعددا من اي جهة شاء نعم ليس لاحدهم اخراج
الروشن او جناح او ساباط بدون اذن جميعهم لخروجه عن الاستطراق

جواز تقديم الداخل بابه الى الخارج

الذي

الذي وضع الاشتراك فيه على ما عرفت نعم لو قلناه باختصاص الداخل بما بين
البابين اتجه ح عدم اعتبار اذنه في الجناح والروشن والساباط ونحوها لعدم
الحق له ح وانما يتوقف على اذن غيره ممن هو ادخل بابا ان كان والا لم يحتج الى
اذن اصلا قال في الدروس ولو كان في اسفل الدرب فضلة فهم مستوون
فيها لارتفاقهم بها وقال متاخرو الاصحاب ان ذا الباب الخارج انما يشارك الى
موضع بابه ثم لا مشاركة ثم ان الداخل ينفرد بما بقي ويحتمل التشارك في الجميع كالفضلة
لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال فعلى الاول ليس
للخارج حق في المنع من الروشن وشبهه فيما هو ادخل منه ويكفي اذن من له فيه
حق وعلى الثاني لا بد من اذن الباقين وهو عندي قوي وهو كما ذكرنا نعم
ما ذكره سابقا مخالفه في الجملة قال واما السكة المرفوعة اي المسدودة الاسفل
فلا يجوز احداث روشن فيها ولا جناح الا باذن جميع اهلها سواء كان
في اسفلها او اعلاها ولا فتح باب ادخل من بابه سد بابه اولا ويجوز له اخراج
بابه وان لم يسد الاولى على قول ولو اذن اهل الاسفل في ادخال الباب
فهل لاهل الاعلى المنع فيه اشكال من عدم استطراقهم ومن الاحتياج اليه
عند ازدحام الدواب والناس وهو اقوى اذ قد عرفت انه بناء على
الاشتراك يتجه له الجواز في الباب بناء على ما سمعت من عدم حق
لاحدهم في المعارضة له فيه لبناء مثل هذه الشركة على ذلك وانما هو كذلك
بالنسبة الى الروشن والجناح وغيرهما اما الفضلة فيمكن ان تكون كذلك
ايض فلكل منهم اخراج بابه منها من غير حاجة الى اذن الآخر بل
مع منعه لكونها جزءا من الطريق الذي قد عرفت اصل وضعه لذلك و
يمكن عدم الجواز الا باذن الجميع لعدم اعدادها للاستطراق وان انتفعوا
بها في غيره اما الروشن والجناح اليها فلا اشكال في الحاجة الى اذن الجميع و
بذلك كله بان ان اطلاق الاصحاب سابقا ان الطريق المرفوع ملك
لارباب وانه لا يجوز لاحد منهم او من غيرهم اخراج روشن او جناح او
ساباط او فتح باب ولو للاستطراق غير مراد منه ظاهره على جهة العموم

بل هو على الاهمال والّا لنا فاء ما سمعته من كثير منهم ممن صرّحوا بكيفية اشتراكه
وبالفرق بين الداخل والخارج بالنسبة الى فتح الباب وغيره وان كان هو على
مختارنا اليق منه على غيره فما وقع لبعضهم من الاشكال في ذلك حتى
ظنّ التدافع بين كلماتهم في غير محلّه هذا وقد بان لك ايضا مما تقدّم سابقا انه
لا حرج لبعض اهل الدرب النافذ روشنا مثلا غير مضرّ بالمارة لم يكن لمقابله بل
ولا لغيره معارضة ولو استوعب عرض الدرب ما لم يضع منه شيئا على جداره
للاصل والسيرة المستمرة على معاملته معاملة المباح من غير اختصاص لاحد
الدود في شيء منه من غير فرق بين ما قابله منهم وعدمه بل صرح غير واحد
منهم الفاضل والشهيدان بانه لو اسقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل

حكم ما لو سقط الروشن

روشن لم يكن للاول منعه لانهما فيه شرع كالسبق الى القعود في المسجد
فقام منه ولم يملك الاول الموضع بوضع الروشن وانما اكتسب اولوية بسبقه
اليه فاذا زال اثره زالت كالقعود في المسجد والسوق بل لو فرض ان الثاني
اخرب روشن الاول لم يكن له ازالة ما وضعه الثاني وان كان قد
ضمن الارش واكتسب الاثم في الازالة وكذا الكلام في المسجد وشبهه
لكن قد يناقش اولا بصدق الغصب استصحابا لبقاء حقه بل قد يناقش
في نحو المقام بانه قد ملكه بالحيازة بناء على كونه مباح الاصل على ما
صرّح به في الدروس فيستمر حينئذ على ملكه وان زال اثره وقد احتمل في
الدروس الملك في نحو المقام على من بعد قال فرع لو جعل المقابل روشنا
تحت روشن مقابله او فوقه فهل للسابق منعه لم اقف فيه على كلام
وقضية الاصل عدم المنع الآن نعم لما ملك الروشن ملك قراره و
هوائه وهو بعيد لانه مأذون في الانتفاع وليس مأذونا في التمليك فلا ينبغي
بناء المسألة على ان الطريق المحيي بالاستطراق يكون ملكا لمن احياه
مع هوائه فارض الطريق حينئذ وما تحتها وهواءها ملك للمسلمين الا انه
جرت السيرة والطريقة على التصرف فيه بما لا ضرر فيه على ما تقدم فلا
ريب حينئذ ان لا يملك ذو الروشن مثلا شيئا من الهواء بل هو على ملك وانما له حق

اختصاص

اختصاص فاذا زال اثره زال حقه اوان المسلمين انما لهم من حق الاستطراق فيما
ولا اسفل باق على الاباحة الاصلية يملكه من يحوزه ويجري عليه حينئذ في حكم ذلك لما عثر على
نص يرشدهم لذلك والذي ذكرناه سابقا الاول وقلنا ان حاله كحال الطريق الخاص في الكيفية
بل هو لموافق لقاعدة من ملك ارضا ملك هواها وقرارها الى عنان السماء وتخوم الارض
ولا ريب في ملك المسلمين نفس ارض الطريق والاستطراق فيتبعها ذلك وحينئذ فالمتجه ان للسابع
حق اختصاص سبقه فمتى زال اثره زال حقه والله العالم المسئلة الثانية اذا التمس وضع

المسئلة الثانية حكم وضع الجذوع على حائط الغير

جذوعه مثلا على حائط جاره لم يجب على الجار اجابته عندنا للاصل بل الاصول كما لا
يجوز له الوضع بدونها لقوله صلى الله عليه وآله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه ولقاعدة عدم
التصرف في مال الغير بغير اذنه فما عن احمد ومالك بل والشافعي في القديم وان كان
مع شروط من ان له الوضع بدونها بل يجبر مع الامتناع لخبر ابي هريرة عنه صلى الله عليه وآله لا يمنع
احدكم جاره ان يضع خشبه على جداره واضح الفساد ضرورة وجوب طرح مثل
هذا الخبر المعارض لاصول المذهب وقواعده لكن يستحب اجابته لما ورد من الحث على
قضاء الحوائج والتوصية بالجار بل يمكن الحكم بكراهية المنع للخبر المزبور ولغيره حينئذ
فلو اذن جاز الرجوع قبل الوضع اجماعا بقسميه للاصل وغيره بل ظاهرهم ذلك
وان استلزم ضررا عليه بفعل المقدمات من بناء وغيره وبعد الوضع المستلزم

عدم جواز الرجوع بعد الوضع

نقضه للضرر لا يجوز الرجوع عند الشيخ ومن تبعه لان المراد للمستعير والمعير التأبيد
فهو حينئذ كالعارية للدفن وللضرر الحاصل بالنقض حين نقض الخراب ملك المأذون
ولكن مع ذلك فالقول بالجواز حسن بل هو خيرة الفاضل والكركي وثاني الشهيدين
لانه عارية ومن لوازمها جواز الرجوع الذي هو مقتضى الاستصحاب وقاعدة
تسلط الناس وغير ذلك والالحاق بالدفن قياس مع الفارق لتحريم النبش وكذا
العارية للرهن المقتضي لتعلق حق الغير به على وجه يقتضي اللزوم من طرف
الراهن بخلاف ما هنا فانه لا حرمة على المالك في خراب ملكه الا انه نسبه في
الدروس الى الكفاية مشعرا بتمريضه واحتمل المنع من النقض بل كانه مال اليه قال
ولو اسعفه فوضع فبل جاز له الرجوع لانه اعارة ويحتمل المنع من النقض للضرر
الحاصل به فانه يؤدي الى خراب ملك المعير نعم يكون له الاجرة فيما بعد الرجوع

وفي المبسوط لا رجوع حتى يخرب البناء للتأبيد وللضرورة ولو قلنا بالرجوع
ففي غرمه الارش وجهان من استناد التفريط الى المستعير ومن لحوق ضرره بفعل
غيره قلت لا اصل في هذه المسئلة ما حكاه في التذكرة من الشافعية وتحصيله خمسة
وجوه احدها ان له الرجوع والتخيير بين الابقاء بالاجرة والقلع بالارش قال فيها
وهو اظهر قوليها والثاني ان له الرجوع والقلع بالارش واما الابقاء بالاجرة فهو
فتوقف على رضا هما وهو خيرة ثاني الشهيدين والمحققين واستحسنه في المتن بدلك الثالث
ان له الرجوع ولا يجوز له النقض وانما له الاجرة خاصة ومال اليه الشهيد في
الدروس الرابع ان له الرجوع والقلع مجانا الخامس انه ليس له الرجوع بمعنى انه لا يستفيد
به جواز قلع ولا اجرة وهو الذي اختاره الشيخ ومن تبعه بل ظاهرهم ولا ريب في قوة
الرابع بناء على ان له الرجوع ضرورة كون المتنافي ذلك على تقدير القول به
ان حكم هذه العارية حكم غيرها من العواري التي يعتبر في بقائها استدامة
الاذن فمع فرض انقطاعها يبطل حكمها فيبقى وضع بلا اذن والضرر اللاحق بالقلع
انما يجيء من خطاء الشرع له بتخليص ملك الغير ورفعه عنه وبذلك لا يعد كون
المعير متلفا لا مباشرة ولا تسبيبا كي يتجه ضمانه الارش خصوصا بعد اقدام المستعير
على الوضع بالاذن المفروض جواز الرجوع فيها فلا غرور منه بل وجوب الارش
انما يتجه مع فرض ثبوت حق للمستعير في البقاء الذي قد فرض عدمه باعتبار
ارتفاع استمرار الاذن الذي هو السبب فيه ومنه يعلم ما في القول بان له الرجوع
ولكن لا يجوز له النقض وانما له الاجرة فانه لا حق له بعد فرض انقطاع الاذن
المفروض ان دوامها هو السبب في البقاء فلا حق له ح في البقاء كي يجب على
المستعير الاجرة وقاعدة الضرر قد عرفت ما فيها على ان الضرر الحاصل على الغير
بسبب تفريغ الملك المخاطب به شرعا لا دليل على الضمان به بل الاصل يقتضي عدمه
والا لاتجه الضمان بالرجوع قبل الوضع مع فرض حصول الضرر بفعل
المقدمات من بناء ونحوه فلا محيص عن المجانية ح مع فرض ان له الرجوع نعم قد
يتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار ان العارية المبنية على
الدوام سببها ابتداء واستدامة انما هو الاذن الاول لا يتصور فيها رجوع

بعد

بعد سدها ورما بل يكون ح الرجوع فيها كالرجوع بلا اذن فيما مضى من العارية
وهذا معنى قول الشيخ لان المراد الدوام والتأبيد ومحصله ان عارية الدوام عرفا
هكذا وقد شرعها الشرع بشرعه العارية على هذا الوجه وهو معنى لا ينافي كون العارية
من العقود الجائزة المعلوم ارادة ما كان استمرار الاذن فيها المقتضي للبقاء لا ما كان
فيها علة الدوام والابتداء واحدة وهي الاذن الاولى التي لا يتصور فيها رجوع
ولعل من ذلك العارية للدفن لا لان النبش محرم فان حرمة النبش لا تنافي جواز
الرجوع المقتضي لتعين الاجرة ح وكذا اعارة المكان للصلوة التي يحرم الابطال
على الداخل فيها كما ان من ذلك يتجه ح عدم انفساخها بالاغماء والجنون للمعير او المستعير
بل والموت وانتقال الدار الى وارث او مشتر آخر ونحو ذلك الذي لا يخفى ما في
دعوى التزام الانفساخ بذلك كله وخصوصا مع دعوى وجوب الارش او الاجرة
ح او الاذن الجديد من المستعير فان دعوى وجوب الارش على المعير بانفساخ
العارية بجنون المستعير مثلا ان لم يأذن تجديدا مما لا يلتزمه من له ادنى
رائحة في الفقه بل قد يقال ان قاعدة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك
يقتضي لزوم العارية على المعير باعتبار انه باذنه في ذلك يترتب الخطاب الشرعي
وهو حرمة الاضرار وحرمة تضييع المال ونحو ذلك مثل العارية للرهن الذي
تعلق حق الغير به واندرج تحت ما دل على لزوم الرهن الذي لا يعارضه جواز
الرجوع بالعارية من حيث نفسها الا اذا قارنها امر آخر خارج عنها وكالاذن
بالدخول في الصلوة الذي يترتب عليه حرمة الابطال فتم جيدا فانه تحقيق و
تدقيق والله العالم ثم ان الارش على تقدير وجوبه فهل هو نقص الات الوضع
بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان ينشأن من كونه بحيثية حقا
لبانيه فجبره بتفاوت ما بين كونه عامرا او خرابا بل ان ذلك هو نقص المالية
ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحبه فلا يضمنه انما يضمن
نقصان مال الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته ولكن لا يخفى عليك قوة
الاول لان جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير وذلك
الملك انما له جواز النقص لا المشاركة في المالية بل قد يقال ان المتجه ضمانه

عدم جواز المطرح بعد الهدم الا باذن جديد

كل ضرر يحدث في ملك المالك بسبب النقص المزبور فتم والله العالم هذا كله في
الرجوع قبل انتهاء ابده اما لو انتهى فانهدم لم يعد المطرح الا باذن مستأنف
لانقطاع حكم الاذن الاول بانقطاع زمان المأذون فيه الذي قد اقتضاه الاذن
فيه ولكن فيه قول آخر يحكى عن الشيخ وهو انه ان اعاده بالهيئة الاولى لم يكن له منعه
من رد الخشب والسقف عليه وان اعاده بغيرها كان له منعه وفيه ما لا يخفى
من انقضاء مقتضى الاذن الاول فليس له العود بدون الجديدة فضلاً عما لو
منع ودعوى ان الاذن الاول قد اقتضت الدوام على الوجه المزبور بمعنى كونها في
صنف الوضع وان تعددت اشخاصه واضحة المنع بل مع فرض التصريح بها لا تثبت
في ذلك ولو قلنا بان عارية الدوام لازمة لكن بمعنى انها بالنسبة الى ذلك
الشخص لا الصنف وكذا العارية للغرس والبناء ونحوهما نعم لو فرض الهدامة
بهدم هادم لا بانتهاء عمره امكن تخريجه على مذهب الشيخ كما انه يمكن ان يكون
كلامه في نحو ما نحن فيه من ان وضع الجذوع الذي لا يعلم كيفيته يحكم باستحقاقه
ذلك حتى يعلم كونه عارية ضرورة ظهور تصرفه في استحقاقه ذلك فيتجه ح
وجوب بناء الجدار على المالك لو فرض هدمه اذ هو مقدمة لحصول حق الوضع وهذا
ولكن في المسالك بعد ان ذكر خلاف الشيخ قال وكثير من الاصحاب لم يذكروا هنا
خلافاً ويمكن ان يكون سببه ان الشيخ ذكر اولاً في الكتاب انه لو انهدم الحائط
او هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستأنف ولم يتردد في ذلك
فاطرحوا قوله الآخر وهو قول لبعض الشافعية كما ان القول الاخير لهم
ابتداء الوضع جائز بعد الصلح
بجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين من قريب ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد
ان يذكر الخشب ووزنها وطولها او يشاهدها ولو كون الصلح في اثناء الوضع
للاختلاف في ذلك بل في كر غير واحد انه لا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة
لكونه ح هنا كالاجارة وفيه منع اعتبارها العوم الصلح فيصح ح بقصد
الدوام بل يمكن ان يريد من اعتبرها ما يشمل قيد الدوام خصوصاً بعد تصريحه
بذلك في الصلح على السقي بل قد يتحقق بعدم الحاجة الى معرفة طول الخشب
ووزنه وعوده لما عرفت من عدم ثبوت مانعية ما عدا الابهام من الجهالة

م.

تـ ـو

فيه والمرجع ح في ذلك الى ما يحتمله مثل الحائط المزبور كما ان ذلك هو المرجع في
الآجر واللبن بل وكذا لو كان الصلح على بناء زيادة على حائط فلا يفتقر الى ذكر
الطول وسمك اللبن خلافاً لبعضهم فاوجبه للاختلاف في الضرر باختلافهما
وفيه انه لا دليل على مانعية مثل ذلك هذا كله في الوضع على حائط مملوك اما
لو كان موقوفاً بحيث لا يكون له مالك مخصوص كالمسجد وشبهه لم يجز لاحد
البناء عليه ولا نحو الوضع بغير اذن الحاكم قطعاً وليس له الاذن بغير عوض
قطعاً ايضاً اما معه وفرض المصلحة ففيه وجهان اجودهما في المسالك
العدم وقواه في الدروس لانه تصرف بالوقف بغير ما وضع له ولانه
يثمر شبهة ولكن لا انصاف عدم خلو الاول عن قوة ولو كان الوقف خاصاً
جاز للناظر او الحاكم مع ملاحظة مصلحة البطون فيمضي ح عليهم وليس
لاهل البطن الاول ذلك لما فيه من الضرر على البطون المتأخرة الذي
المسئلة الثانية لو تداعيا جداراً بينهما
يندفع بعدم اجازتهم فيما بعد كما هو واضح المسئلة الثانية لو تداعيا جداراً
بين ملكيهما مطلقاً الذي لاحدهما يد اختصاص عليه ولا بينة حلف كل واحد
منهما لصاحبه على ما تقتضيه يد من كل منهما فان نكل احدهما كان الجميع للآخر
ان قلنا يقضى بالنكول والا احلف وصار الجميع له وفي التذكرة هو الى النصف
لهما وفي احد وجهي للشافعي انه يحلف كل واحد منهما على الجميع لانه الذي ادعاه
فالمذكرة وعليه لو حلف الحاكم احدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الآخر
عليه ايضاً فاذا حلف قسم الجدار بينهما لعدم الاولوية فان نكل الآخر بعد
حلف الاول على الجميع حكم للحالف به من غير يمين اخرى ولو حلف الثاني على
النصف بعد امر الحاكم له الحلف على الجميع على الحالف بالجميع ففي الاعتداد
بهذا اليمين وعدمه وجهان وعلى الاول يكون النصف بينهما مع احتمال انه
للثاني خاصة وان قال في جواب الحاكم قبل الحلف اني لا احلف الا على
النصف كان في الحقيقة مدعياً للنصف فقول المصنف حلف عليه مع
نكول صاحبه هو له ظاهر في موافقة الشافعي اللهم الا ان يريد انه مع
النكول يحلف يميناً واحدة على الجميع قائمة مقام اليمين المردودة ويمين

الانكار وهو كما ترى وعلى كل حال فان حلفا او نكلا قضى به بينهما لعدم الترجيح واس الجدار يتبع من يكون للجدار له اختصاصًا او اشتراكًا فلو تنازعا فيهما ح واقام احدهما بينة بالجدار فهو ذو يد بالاس وكذا الشجرة مع المغرس

كاف

وذلك لكون الجدار حائلًا بين الملكين اما على اشتراك اليد ولا دلالة على اشتراكهما في الاس والمغرس فاذا ثبت الجدار لاحدهما اختصت به وكيف كان فهذا كله اذا لم يكن لاحدهما يد اختصاص اما لو فرضت بانه متصل ببناء احدهما اتصال ترصيف بتداخل الاحجار واللبن فيه وفي حائطه المختص به كما يظهر ذلك في الزوايا او كان لاحدهما عليه قبة او سترة او نحو ذلك دون الاخر كان القول قوله بيمينه مع فقد البينة لصيرورته بذلك صاحب يد نعم لو اتصل بهما كذلك او كان البناء لهما او اختص احدهما بصفة والاخر بالاخرى فاليد لهما حتى لو كان لاحدهما واحدة والباقي مع الاخر اذ لا اثر لزيادة اليد في الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما كما يقسم لو نكلا الى تمام ما عرفته سابقًا ولو بنى الجدار على جذع داخل طرفه في بناء احدهما ففي التذكرة كان بذلك صاحب يد ونظر فيه في الدروس من انه كالاس او كالجزء قال ولما اتفقا على ملكية الجذع لصاحب الجدار المولج فيه فاحتمال اختصاصه اقوى ولو كان لاحدهما عليه جذع او جذوع قيل والقائل الشيخ لا يقضى بها لجريان العادة

بيان حكم الجذع اذا كان لاحدهما عليه

بالتسامح لجار في ذلك بل قد سمعت ان مالكا واحمد لم يجوزا منعه للخبر المزبور ولدلالة كونه بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما فوضع الجذوع من احدهما مزيد انتفاع كاختصاص احد الشريكين الساكنين بزيادة الامتعة بل قد سمعت ان زيادة التصرف لا تقتضي الترجيح بعد الاشتراك بما يقتضي كون اليد لهما وقيل يقضى لها بها الذي لها مع اليمين وهو الاشبه باصول المذهب وقواعده لانها تصرف دال على الاختصاص بالملكية على وجه لا يعارضه التسامح المزبور ما لم يعلم ولمنع دلالة كونه بين ملكيهما على اليد اذا لم ينضم اليه تصرف بوجه من الوجوه السابقة نعم في المسالك فالوجه ح فوضع الجذع يفيد اليد للواضع ويبقى الاخر خاليًا ويكون حكمه

حكم ما ذكرنا من المرجحات ولو جامعها اعتبر ما فصلناه وفيه انه لا اشكال في كونه يد لهما كما اعترف به موسابقًا ولذا لو ادعيا بها اجنبي كان القول قولهما بيمينهما نعم هي يد لا تعارض ما يدل عليه لوضع مادة من الاختصاص وما قدمنا سابقًا من عدم الفرق بين الاتحاد والتعدد انما هو في يد الاختصاص لا مثل هذه اليد التي يعتبر في الحكم بها لهما عدم ما يقتضي الاختصاص عادة ويكن ارادته ذلك نعم لا ترجح دعوى احدهما بالخوارج التي في الحيطان كالكتابة والتزيين والوجه الصحيح من اللبن او بناه بانصاف اللبن والروازن والطين لامكان احداثه له من جهة من غير شعور صاحب الجدار كما في المسالك بل فيها ومثله الدواخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر اذ هو مناف لاصالة الصحة في تصرف المسلم بل العدم دلالتها امارة على الاختصاص بحيث نقطع به الاشتراك اذ الروزنة ونحوها انما تصنع غالبًا للبيان لا لاستحقاق في الجدار لاستحقاقه وح لا فرق في ذلك بين احتمال احداثها وعدمه في عدم قطع يد الاشتراك المتوقف على وجود ما يرجح عليه مما يدل على الاختصاص ولو بامارة ظنية شرعية فتأمل ولو اختلفا في خص بالضم ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجز بين الملكين قضى لمن اليه معاقد القمط بالضم ايضا جمع قماط وهي شداد الخص من ليف او خوص او غيرهما لصحيح ابن منصور ابن حازم المروي في الكافي والتهذيب عن ابي عبد الله سألته عن خص بين دارين فذكر ان عليا قضى لصاحب الدار الذي من قبله القمط ورواه ايضا في الكافي بسند آخر صحيح او حسن عنه الا انه قال في حضيره وكذا الصدوق الا انه قال فيه عوض فذكر المعتضد بخبر شمر ابن جابر عن ابي عبد الله جعفر عن ابيه عن جده عن علي انه قضى في رجلين اختصما اليه في خص فقال ان للذي اليه القمط بالعاقل ان قومًا اختصموا الى رسول الله في خص فبعث حذيفة ابن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه معاقد القمط ثم رجع الى النبي فاخبره فقال اصبت واحسنت وبفتوى معظم من الاصحاب من الشافعي من الحكم بكون ذلك في غير محله وكذا عن ابي حنيفة من عدم الترجيح بذلك بل عن المحقق في النافع نحو ذلك قائلا انها قضية في واقعة فلا يتعدى

عدم ترجيح الجدار بالخوارج في الجهة

مسئلة اختلافهما في خص

المسئلة الرابعة

الحكم وح فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين نعم قد يق انه لا يتعدى فيها الى
سائر وجوه التراجيح بل يقتصر عليها في الخص واما غيرها فلا بد من الترجيح
بالامارة العادية في رفع يد الاشتراك والله العالم المسئلة الرابعة لا يجوز للشريك
في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا ادخال خشبة ولا غير ذلك من
التصرف الا باذن شريكه بلا خلاف ولا اشكال لحرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه
عقلا وشرعا من غير فرق بين ... وغيره بل في التذكرة لا يجوز اخذ اقل ما يكون
من ترابه له لتتريب الكتاب نعم استثنى له ولغيره الاستناد اليه واسناد
المتاع ونحوه مع فرض عدم الضرر وكذا الجدار المختص علا بشاهد الحال كما في
الدروس ولانه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره
مع انه صرح في المسالك تبعا للتذكرة بحرمة ذلك ايض مع منع المالك والشريك
لانه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه لكن في الدروس هل لصاحب الجدار منع
المستند والمستظل اذا كان المجلس مباحا الا قرب المنع مع عدم الضرر ومنه يعلم
ح ان الجواز للاذن الشرعية لا المالكية المدلول عليها بشاهد الحال فلا فرق
ح بين ملكه لو لحبيه وغيره للسيرة المستمرة الآن لا انصافي كون المانع منها
حال عدم الضرر بالمنع له مط لان الناس مسلطون على اموالهم اللهم الا ان يق
ان في المنع عن ذلك ونحوه في الجدران المشتركة بين الاملاك وفي الطرق النافذة
وغيرها عسرا وحرجا على ان الانتفاع بالفضاء المملوك لا يتم الا بالملاصقة
للجدار والامتناع عن لعضهم مقدمة للمزاول من سقوط مثله لك مقد
هذا وفي المسالك وموضع الخلاف ما اذا كان المجلس للمستند والا لم يجز اجماعا
وكان مراده ما سمعت من الدروس من اعتبار اباحته لا كونه ملكا له كما ان
ذلك ربما يكون شاهدا لما ذكرناه والا فلا تلازم بين حرمة المجلس و
حرمة الاستناد واللمس وكذا ما فيها ايض من انه لو بنى الشريك وملكه جدارا
متصلا بالجدار المشترك او المختص بحيث لا يقع ثقله عليه جاز ولم يكن للآخر
الاعتراض عليه ولو القى ثقله عليه لم يجز بدون اذنه فانه ايض مبني على ما ذكرنا
نعم ليس له حق شيء من الآنه عرا كانت او اجرا او لبنا ولا الكتابة عليه و

حكم الجدار المشترك بعد الانهدام

ولا غير ذلك وان سلم من مظنة الضرر لقاعدة حرمة التصرف في مال الغير
السالمة عن معارضة السيرة والعسر والحرج وما في الدروس من تعليل ذلك
بانه تصرف في ملك الغير بما هو مظنة الضرر موهما اعتبار ذلك في الحرمة
في غير محله والامر سهل ولو انهدم الجدار او استرم لم يجبر شريكه على المشاركة
في عمارته بلا خلاف ولا اشكال للاصل وقاعدة التسلط بل الاقوى توقف
عمارته من الشريك خاصة على اذن الآخر لذلك ايض خلافا للبعض فهم
فجوزه لانه نفع واحسان وحكاه في الدروس عن الشيخ ولعله الظاهر من قواعد
الفاضل وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز ولكن فرق بين اعادته بالآلة
المشتركة فلا يشترط رضاه وبين اعادته بآلة من عنده فيختص ثم الشاكة
شريكا على الاول بخلاف الثاني وفيه ما عرفت ايض وفي الدروس لو بناها احدهما
بالآلة المشتركة كان بينهما وفي توقفه على اذن الآخر مع اشتراك الاساس
احتمال ولو اعاده بآلة من عنده فالبناء ملكه والتوقف على اذنه هنا اقوى
ومنع الشيخ من التوقف على اذن الآخر وله منع الآخر من الوضع عليه في الثانية
دون الاول ثم للشريك المطالبة بهدمه قال الشيخ او يعطيه قيمة نصف
الحائط او يضع عليه والخيار بين الهدم واخذ القيمة للثاني وفيه انه يكفي في
قوة احتمال الاول لاشتراك الآلات وان لم يكن الاساس معتبرا كما كان له المنع من
الوضع ايض مع فرض اشتراك الآلات فما في المسالك تبعا لما سمعته مما من
ان له منع الشريك من وضع الخشبة مع اختصاصه بالآلات دون ما لو بناه
في المشتركة في غير محله ايض اللهم الا اذا كان الوضع مستحقا له سابقا مثلا
فيتجه ح ما ذكره وعلى كل حال فقد ظهر لك عدم الجواز اعادة الشريك
بدون الاذن مط نعم في المسالك لو خالف الشريك وعمره فهل للشريك نقضه
احتمال من حيث تصرفه في ملك غيره وتغيير هيئته ووضعه الذي كان
عليه فصارت الكيفية الثانية غصبا فله ازالتها والاقوى العدم ان
كان بناه بالآلة المشتركة لان هدمه ايض تصرف في مال الغير وهو الشريك
الذي بنى فلا يصح وانما تظهر الفائدة في الاثم والجواز ان كان بناه بغير

الا لانه عدوان محض وتصرف في ارض الغير فيجوز تغييره قلت قد منع
بذلك الفاضل في التذكرة بل صرح فيها بعدم جواز نقض من بناه ايضا
لكنه لم يصرح في بناء الفرع على تقدير اعتبار الاذن والا فالمتجه ان له ذلك
ايضا فان له الامتناع من بناء الالات المشتركة كما اعترف به في جامع المقاصد
من التصرف في ارضه مع فرض الشركة في الاساس فلم يكن الموضع حقا فهو
ظالم الاحق لعزمه فله الازالة بلا ارش نعم لو قلنا بحرمة ذلك عليه اتجه
الزامه به كما لو هدم ابتداء هذا وفي المسالك ايضا انه حيث يتوقف البناء
على اذن الشريك ويمتنع يرجع امره الى الحاكم ليجبره على المساعدة او الاذن
فان امتنع اذن الحاكم وهل له الاذن فيه باجرة يرجع بها على الشريك وجهان
الاقوى الثاني لان الشريك اذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الانفاق فاذا
اختار الشريك بناءه مجانا فعل والا تركه قلت قد يشكل جبره على الاذن على
وجه تقوم اذن الحاكم مقامه بان له الامتناع منها الفائدة التنازع او عدم
حل مال امرأ مسلم الا بطيب نفسه وغيرها ومن هنا انكر عليه ذلك في الحدائق
خصوصا بناء على مختاره سابقا من اعتبار الاذن في الجواز للشريك حتى لو
اراد بناءه من غير رجوع عليه وانه يأثم لو بناه من غير اذن الغير ذلك
من عباراته التي هي كعبارة غيره من الاصحاب خصوصا مثل اطلاق المتن وغيره
وخصوصا مثل عبارات التذكرة في الظهور او الصراحة في عدم وجوب
الاذن عليه بناء على اعتبار اذنه نعم في جامع المقاصد فرع لو اراد
احد الشريكين الاضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها فامتنع
من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها فليس ببعيد
ان يرفع امره الى الحاكم ليجبر الشريك بين عدة امور من بيع واجارة و
موافقة على العمارة وغير ذلك من الامور الممكنة في ذلك عملا بقوله لا ضرر
ولا ضرار ولان في ترك جميع هذه الامور اضاعة للمال المنهي عنها ولم
اظفر بتصريح ينبغي ان يلمح وهو كالصريح في عدم الجبر في غير الصورة المفروضة
وضد ما سمعته من المسالك الذي لم يعلقه على الضرر ونحوه بل جعله من

احكام الشركة في الجدار التي قد اعترف سابقا باعتبار الاذن من الشريك لو
اراد التبرع ببنائه لاحقا في مسألة السفل والعلو نعم يكون عنده كافتراح
وضع جدار مشترك بينه وبينه في ارض مشتركة والالات كذلك ولا ريب
في عدم وجوب الاذن بذلك عليه وان تضرر الاخر بذلك فانه لا وجه لرفع
امره الى الحاكم ولا يجبر على ما هو غير واجب عليه نعم لو قلنا ان سبق وجود الجدار
بينهما يوجب الحق لهما في وضعه على وجه لا يجوز له الامتناع مع طلب الاخر
اتجه ذلك لكن ينبغي عليه عدم اعتبار اذنه بل فيه ايضا كما في باقي صور
امتناعه عما هو حق عليه وكانه هو الذي لحظه الفاضل في القواعد فيما سمعته
منه من عدم جواز منعه اياه لو اراد الانفراد بالعمارة الا انه كما ترى
ضرورة عدم ثبوت حق يكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك وهو
واضح ولو سلم فهو غير ما سمعته من المسالك الذي لم اعثر على موافق
له فيه ولا من احتمله بل صرح كما تقدم عدمه بل في نفسه بناء على اعتبار الاذن
في غير محله بل منه يعلم ما في تفصيل المحدث البحراني من انه لا يحتاج الى الاذن
من الشريك في العمارة مع فرض تضرره به ولا بد منها مع عدمه اذ هو
مع انه خروج عن محل البحث الذي هو الجدار المشترك من حيث كونه كذلك
اي مع قطع النظر عن الامور الخارجية قد يناقش فيه بان فرض ضرر احدهما
بعدم العمارة قد يعارض بفرض ضرر الاخر بها والضرر لا يدفع بالضرر كما
اعترف به الفاضل وغيره في الرد على الشافعي في القديم من وجوب المساعدة
في العمارة بل ومع فرض عدمه ايضا بعدم وجوب دفع الضرر عن الغير ببذل
مال آخر وان لم يتضرر به والا لوجب ذلك في الجدار الجديد وغيره
نعم قد يقال بوجوب القسمة ونحوها او يرفع الامر الى الحاكم ليرى وجها
يحكم به لقطع النزاع بينهما مراعيا للجمع بين الحقين ودفع الضرر عنهما
من باب السياسات المعد هو لها فتدبر جيدا والله اعلم ومما ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره
المصنف وغيره بقوله وكذا لو كانت الشركة في دولاب او بئر او نهر او قناة
او ناعورة ونحو ذلك اي لا يجبر الشريك على المشاركة في عمارتها من غير

حكم الدولاب والبير ونحوهما بعد الخراب

فرق بين المشترك ذا غلة تفي بعمارته وغيره عند الاصحاب على ما في المسالك
وبين القابل بالقسمة وعدمها وانما نبه بذلك على خلاف ابي حنيفة الذي
حكم باجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط
فارقا بينهما بان الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيها فيتضرر به بخلاف الجدار
فانه يتمكن من قسمته ورد بامكان كون القسمة فيه اكثر ضررا عليه
فكان كاح سواه نعم لو انفق احدهما على البئر والنهر لم يكن له منع الاخر من
نصيبه من الماء الذي ينبع في ملكهما المشترك بينهما نعم الطين منه
وليس له فيه عين ملك بخلاف الحائط اذا بناه بالات منه كما هو واضح
ولذا ظهر لك مما ذكرناه ايضا انه لا يجبر عندنا صاحب السفل ولا العلو
الساباط وغيره على بناء الجدار الذي يحمل العلو ولا على جدار البيت
لاصالة برائة الذمة من وجوب عمارة ملك الانسان لنفسه فضلا عن
الغير الا ان يكون ذلك لازما بعقد فيجب كعمارة الساقية المستحق اجراء
الماء فيها خلافا للشافعي فيجبر صاحب السفل على الاعادة ولا ريب في ضعفه
ولو طلب صاحب العلو مثلا بناء جدران السفل تبرعا فهل له منعه ففي
المسالك فيه الوجهان السابقان واطلق في التحرير ليس له منعه قلت قد
عرفت التحقيق في ذلك سابقا واما ما حكاه عن التحرير فيمكن تنزيله
على ما في القواعد من انه لو طلب صاحب العلو عمارة السفل بنقض
صاحبه كان له منعه وان اعاده بالة من عنده فله ذلك وان
كان يجب تقييده ايضا كما في جامع المقاصد بما اذا لم يكن الاساس للاخر
ولا مشتركا بينهما والا لم يجبر بدون الاذن لما عرفته سابقا لكن فيما
حضرني من نسخة التذكرة سقيمة وان اراد بناءه بالة من عنده فله
ذلك وجاز ان يبني على عرصة مشتركة بينه وبين غيره بغير اذنه
ليصل الى حقه من الحمل عليه ولا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما
قدمناه سابقا وعلى كل حال فلو بناه في ارضه من نفسه كان له
منع صاحبه بالانتفاع بالمعاد بفتح كوة وغرز وتد ونحو ذلك اما

حكم الجدار الذي يحمل العلو لو انهدم

الاستكان فالظاهر انه ليس له منعه منه وان انتفع به هذا كله اذا انهدم بنفسها
او هدماه معا من غير شرط اما اذا استهدم فهدمه صاحب السفل بشرط ان يعيده
اجبر عليه قولا واحدا اي اذا كان ذلك منه بلزوم شرعي ولو هدمه اي الجدار
المشترك مثلا بغير اذن شريكه الذي لم يجب هدمه عليه لاستهدامه وجب عليه
اعادته لانه ضمان فعله عادة لكن في الدروس ان امكنت المماثلة كما في جدران
بعض البساتين والمزارع والا فالارش والشيخ اطلق الاعادة والفاضل اطلق الارش
وفي المسالك بعد ان حكى تفصيل الدروس قال تبعا للكركي وفيه مناسبة
الا انه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الغالب فانه محض صفة
اذ الاعيان باقية والمماثلة في الصفة بعيد فالقول بالارش مطلقا اوضح
قلت قد يقوى ما ذكره الشيخ لصدق المثلية عرفا بل تصح الاجارة على صيغة جدار
مثل هذا الجدار نعم لو فرض تعذر ذلك كما في بعض البناء انتقل الى القيمة كما
في كل مثلي تعذر مثله وكذا الكلام في كسر الختام ونحوه وفتق الثوب ونحوه
لو هدمه باذن شريكه وشرط اعادته وجب ذلك اذا كان الشرط في عقد
لازم نعم قد سمعت ما في التذكرة وغيره من انه حكي قولا واحدا لكن ربما
ظهر من بعضهم كونه في المسألة السابقة التي يجب فيها الارش ولعله لعدم امكان
الشرط لما عرفت من عدم امكان ضبط الصفة الا انه هو كما ترى فان عود شيء
مثل ما كان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفا ممكن وواقع بل من ذلك يعلم قوة
ما ذكرناه اولا بقرينة بل قد يؤيده ايضا ان الارش المذكور هنا ان اريد
به ما يخص الشريك مما من مقابل الهيئة الفائتة فهو لا يجدي في عمارة الجدار
المزبور الذي يتحقق فيه الضرر عليه بهدمه ولو لفوات حصة الشريك
نعم يكره في ذلك جبرا على غيره وان اريد به ما يقابل تمام الهيئة ففيه ايضا انها
مشتركة بين الهادم والشريك والانسان لا يضمن لنفسه مضافا الى ما عن الاردبيلي
من استبعاد الارش فيما حكي عنه فانه قال لا يسوى بعد الهدم الا شيئا
قليلا جدا والجدار الصحيح تكون له قيمة كثيرة بل المناسب على القول بالارش
ان يراد به ما يحتاج في مثل ذلك وفيه ايضا تامل اذ قد يتفاوت العمل

حكم ما لو هدمه الشريك بغير اذن

ولا اجرة فتم و بالجملة فالقول بوجوب الاعادة بحيث يصدق عليه عرفاً انه
اعادة قوي جداً في صورة عدم الشرط فضلاً عما لو شرطه والله العالم ولو اصطلح
الشريكان على ان يبنياه ويكون لاحدهما اكثر مما كان له فعن الشيخ بطلان
الصلح لان فيه اضعافاً بما لم يوجد وفيه انه يكفي مشاهدة الالات او ضعها
ومشاهدة الارض ودعوى ان التالف من الجدار جزء صوري لا يمكن ضبطه
يدفعها ان الصورة صفة تابعة للموصوف وضبطها ممكن والا لما جاز الاستيجار
على البناء المقدر بالعمل كدعوى عدم العوض بعد تساويهما في العمل وغيره
التي يمكن دفعها بما عرفته سابقاً من عدم اعتبار العوض في الصلح على انه
يمكن القول هنا بان الشارط على نفسه متبرع بما يخص شريكه من عمله
عليه والشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له قدراً من الملك وكذا دعوى
اقتضائه تعليق الملك في عين وهو ممتنع لامتناع الاجل في الملك ومن هنا
احتمل بعضهم جواز اشتراط تملك الاكثر من الالات لا من الجدار بعد البناء
وح فلو انفرد احدهما في العمل وشرط لنفسه الاكثر من الالة صح قطعاً اذ قد يقع
ايضاً بل هذا الصلح يجري مجرى الاستيجار على الطحن بجزء من الدقيق وعلى الارضاع
بجزء من العبد فانه يملك في الحال ويقع العمل فيما هو مشترك بينه وبين غيره
وعلى هذا يملك الاكثر في الحائط ايضاً والله العالم ثم انه لا خلاف ولا اشكال
في جواز قسمة الجدار المشترك طولاً وعرضاً وطوله امتداده من زاوية
البيت مثلاً الى الزاوية الاخرى لا ارتفاعه عن الارض الذي هو سمكه
والعرض هو سطحه الذي يوضع عليه الجذوع فلو كان طوله عشراً وعرضه
ذراعين فاقتسماه في كل الطول ونصف العرض فيصير لكل واحد منهما طول
عشرة اذرع في عرض ذراع جاز وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف
الطول بان يصير لكل واحد طول خمسة اذرع في عرض ذراعين ثم القسمة
بعلامة توضع جائزة في الامرين وبالنشر جائزة في الثاني دون الاول
الا مع تراضيهما كما لو نقضاه واقتسما الالة والقرعة ممتنعة في الاول لانه كما
وقوعها على ما لا ينتفع به مع عدم امكان التبديل بل يحتص كل واحد بما حبه

ولعله

ولعله لذا قال في القواعد ولا يجبر احدهما لو امتنع من القسمة في كل الطول
ونصف العرض لان القرعة لمعيار القسمة لكن قال اي القرعة في كل العرض وكذا في نصفها
الطول ونصفه في كل العرض وتعتبر القرعة في الثانية دون الاول بل يختص
كل واحد بصاحبه وظاهره عدم الاجبار في الصورتين لكن في محكي كره
انه ان انتفى الضرر عنهما او عن الممتنع اجبر عليها في الصورة الثانية وان
تضرر الممتنع لم يجبر وفي الدروس ومتى تطرق ضرر عليهما او على احدهما
وعليه الاخر فهي قسمة تراض والا فهي قسمة اجبار ولو طلبها المتضرر
اجبر الاخر وكذا يجوز قسمة عرصته قبل البناء قلت هذا اخذه مما في القواعد
وجامع المقاصد والدروس لكن قد يتوقف في جعل معيار القسمة القرعة
بعد عدم الاجبار عليها مع عدم امكانها كما انه يتوقف في اعتبار امكان وقوعها
على ما ينتفع به اذ يكفي في الرجوع عليها والاخذ في المقام وان وقعت في الوجه
الخارج عنه الا انه يمكن التبديل بالمعاوضة والاجارة ونحوهما لتحقيق
ذلك وتحقيق وجوب الاجابة الى القسمة مط على وجه يجبر الممتنع منها
على الاخر باي انشئ ولو ملكا دارا بين مثلا صفين مثلا فليس لاحدهما مطالبة
الاخر برفع جذوعه عنه ولا منعه من التجديد لو انهدم سقف
اذا لم يعلم على اي وجه وضع لجواز كونه بعوض وعن الخلاف نفي الخلاف
فيه وفي الدروس نعم لو ادعى احدهما الاستحقاق ونفاه الاخر جزماً احتمل
حلف المنكر وعليه الفاضل وظاهر الشيخ ان على مدعي العارية البينة واليمين
على الاخر قلت لكن في القواعد لو وجد بناء او خشبة او مجرى ماء
في ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول صاحب الارض والجدار
في عدم الاستحقاق ووافقه عليه في جامع المقاصد لاصالة عدم الاستحقاق
في ملك الغير ولان اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع والوضع اعم من
الاستحقاق وغايته ان يكون بحق وهو اعم من العارية التي يجوز فيها
الرجوع وفيه ان الاصل في تصرف المسلم ويده ان يكون بماله استحقاق
حتى يعلم عدمه فالمتجه ح فيما فرضه في الدروس وجوب الابقاء اما

حكم ما لو ملكا دارا بين مالكين

لو فرض نحو ذلك بان تنازع احدهما مع الآخر في الاستحقاق ونحوه
لم يكن ثم استنادا الى يد ونحوه فالمتجه كون اليمين على منكر الاستحقاق
وما عن الشيخ من كون البينة على مدعي العارية والآخر واليمين على الآخر يمكن
تنزيله على ذي اليد ونحوه كما ان ما في القواعد وجامع المقاصد ان كان
المراد به ما فرضناه لا في الدروس ففيه ما عرفت وان كان المراد به
ما ذكره بقوله نعم فهو متجه وان هو غير ظاهر من اول العبارة ولكن الامر
سهل بعد وضوح الحال والله العالم المسألة الخامسة اذا تنازع صاحبا

المسألة الخامسة

السفل والعلو في جدران البيت الحاملة للعلو فالمشهور كما في المسالك ان القول
قول صاحب البيت مع يمينه ولو كان في جدران الغرفة فالقول قول صاحبها
بل لا يعتد ان جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها
فيحكم بهما لصاحب الجملة بل في جامع المقاصد جعل ذلك دليل المسألة وفيه
انه بعد فرض التنازع في ذلك بكون المراد من الاعتراف بكون البيت و
الغرفة له مع فرضه ما عدا محل النزاع منهما والا لم يكن ثم وجه لمنا صحة
حتى تتوجه البينة على احدهما واليمين على الآخر فلا دليل للحكم المزبور
الا دعوى استقلال اليد من كل منهما على ما ادعاه فيكون القول قوله
مع يمينه نعم قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفل على جدران البيت
مع فرض تصرف صاحب العلو به بالسقف وبالبناء عليه وبمنع استقلال
صاحب العلو مع فرض اتصال الحائط بملكه على وجه هو كالجزء منه وبالاستكنان
عن السقف المعلق عليه والتصرف في الجدران انما هو بالتصرف في بعض
اجزائه لانه شيء واحد عرفا وبذلك يظهر لك ما في المحكي عن ابن الجنيد
من ان جدار البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة

المتنازع في جدران البيت

اذ لا تعلق لصاحب البيت به الا كونه موضوعا على ملكه وان ارتضاه
في المختلف بل في المسالك هو قول جيد الا انك عرفت قوة اشتراك الجميع
في اليد من كل منهما اللهم الا ان يدعى استقلال اليد عرفا منهما على كل منهما
خصوصا في جدران الغرفة المتوقف اختصاصه بيد صاحبها حتى من ابن الجنيد

كالسقف الاعلى وان ما ذكرناه لبعض الامارة على اشتراك اليد في العادة
فيتجه قول المشهور ولو تنازعا في السقف قيل والقائل الشيخ فيما حكي عنه ان
حلفا قضي لهما به وكذا ان نكلا والا اختص بالحالف منهما على نحو ما سمعته
في التنازع في العين الذي يدهما عليه وقواه في الدروس قال وفي ط يقسم
بعد التحالف وفي القرعة احوط وتردد في الخلاف بين القرعة والتحالف
قيل والقائل ابن الجنيد وادريس هو لصاحب العلو ومال اليه في المسالك
بل اختاره في جامع المقاصد بل عن الفاضل ترجيحه في كثير من كتبه لان
الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل لانه ارضها والبيت قد يكون بغير سقف

التنازع في السقف

وهما متصادقان على ان هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان تصرفه فيه
اغلب من تصرف صاحب السفل وان كان هما معا كما ترى نعم قد يقال ان اليد
مختصة به دون الاسفل لان سكونه تحته ليس يدا عليه وان كان هو محلا
للنظر ايضا باعتبار صدق التصرف به بالتصرف في البيت الذي هو من
اجزائه بل فيما سمعه من القواعد احتمال اختصاصه به باعتبار ان الغرفة
على البيت فلا يتحقق الا بعده والبيت لا يتم الا بالسقف وان كان هو واضح الضعف
ايضا فالاقوى الاشتراك بينهما على الوجه الذي تقدم وقيل والقائل الشيخ كان ملك
يقرع بينهما وهو حسن عند المص لانها لكل امر مشتبه وفيه انه لا اشتباه
بعد اقتضاء اليد الاشتراك بينهما وفي المسالك وربما منع الاشتباه هنا لان
رجحان احد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم هذا وفي القواعد
اما السقف فان لم يكن احداثه بعد بناء العلو كالازج الذي يمكن عقده
على وسط الجدار بعد امتداده في العلو فهو لصاحب السفل لاتصاله ببنائه
وان كان بحيث يمكن احداثه كجذع ينقب له في وسط الجدار ويجعل البيت
بيتين فما ان كان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسما لصاحب
السفل واختصاص الاول والثاني وتبعه على ذلك في الدروس قال ولو لم يكن
احداث السقف بان كان ازجا وصيغا حلف صاحب البيت لاتصاله به وكذا
في جامع المقاصد والمسالك قالا في الاخير منهما وموضع الخلاف السقف

الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت اما ما لا يمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الاخر فان ذلك دليل على اختصاص صاحب السفل فيقدم قوله بيمينه قلت قد ينافي بان ذلك لا ينافي وجود يد من صاحب العلو بالتصرف فيه ايضا اذ الممكن ان يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت او غيره فيصح ان يكون يد كل منهما عليه فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور

المسئلة السادسة

المسئلة السادسة اذا خرجت اغصان شجرة او عروقها الى ملك الجار وثبت له استحقاق وجب عطفها مثلا على مالكها ان امكن والا قطعت من حد ملكه وان امتنع صاحبها من ذلك عطفها او قطعها الجار ولا يتوقف على اذن الحاكم في تفريغ ملكه عما لا يستحق بقائه عليه فضلا عما يكون بقائه عدوانا وقاعدة قبح التصرف في مال الغير انما في غير دفع الضرر او الظلم خصوصا مع كون هتك الحرمة من المالك نفسه بالظلم او غيره بل قد يظهر من اطلاق المحكي من التحرير ان للمالك الازالة من دون استيذان من المالك كما لو دخلت بهيمة الى داره او زرعه بل صرح به في جامع المقاصد لان ازالة التعدي وان عليه امر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر ولانه لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع الامتناع لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه وغير اذن من يقوم مقامه مع التمكن وصح ما يظهر من المتن والدروس

حكم اغصان الشجرة اذا خرجت الى دار الغير

ويحكى التذكرة من اعتبار انه لا يخلو من نظر وربما يقوى التفصيل بين ما كان فيه ضرر بواماة اعتبار الاذن منه او من الحاكم وعدمه فلا يحتاج الى الاذن في الاول دون الثاني مراعاة للجمع بين القواعد جميعها وعلى كل حال فاعن التذكرة من ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازالتها وان جاز لمالك الارض لانه من غير فعله ويلزم عدم الاجبار عليه مخالف للقواعد الشرعية نعم مع امكان العطف لا يجوز له القطع فلو فعله كان ضامنا لكن هل يضمن جميع ما يقطع ام تفاوت ما بينه وبين المعطوف وجهان كما في ملك من التعدي

بالقطع فيضمن ومنه ان العطف حق له وما يفوت به في حكم التالف شرعا ولعل الاقوى الاول كما انه يقوى وجوب الاجرة لدفع امتناع المالك وان لم يستأذن الحاكم اذ الدين والتبرع كك ولو مضت مدة طويلة عليهما مع تفريطه ضمن اجرة الارض والهواء كما صرح به غير واحد بل لعله كك مع صدق استيفاء المنفعة وان لم يكن ثم تفريط كذا صرح غير واحد ايضا بانه ليس لمالك الارض ايقاد النار تحت الاغصان المحرق حيث يجوز القطع لانه اشد ضررا فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه من زيادة على حقه وهو كك نعم قد يقال ان له ايقاد النار لصالحه كالتنور ونحوه وان ادى ذلك الى تلف الاغصان مع تفريط المالك بعدم العطف مثلا او القطع لعموم تسلط الناس ولانه باهماله وتفريطه اقوى من انتفاع المالك بماله المؤدي الى تلف مال الغير ثم و في حكم الشجرة الجدار المائل الى ملك الغير وكيف كان فلو صالحه على ابقائه اي الغصن مثلا في الهواء لم يصح على تردد ينشأ من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع ومن كونه عقدا مستقلا مع عدم كون ذلك تبعا للهواء بل هو صلح عن منفعة لكن لا ريب في ان الاقوى الثاني كما عرفته في نظائره خلافا للمحكي عن الشيخ اما لو صالحه على طرح خشبة على الحائط جاز بلا خلاف مع تقدير المدة والزيادة او اشباهها بل قد عرفت جوازه في نظير المسئلة مع التصريح بالتابيد بل قد عرفت جوازه مع عدم تقدير الزيادة ولا اشباهها لتحمل الصلح من الجهالة ما لا يتحمله غيره خلافا للجماعة فاعتبروا في جوازه الامرين جميعا بل في الدروس وغيرها التصريح بعدم جواز التابيد والله اعلم

باب الصلح على ابقاء الغصن في الهواء

المسئلة السابعة

المسئلة السابعة لو كان لانسان بيوت الخان السفلى ولاخر العليا وتداعيا الدرجة قضي بها لصاحب العلو بيمينه من حيث كونه صاحب يد عليها لاستقلال يد اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت موضوعة في الارض المحكوم بها لغيرهما كصاحب الاعلى باعتبار اقتضاء اليد عليها اليد على هوائها وبه اختص الاسفل على غيرها من الارض لا يوجب اليد له عليها كما هو واضح نعم في المسالك هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها اما لو اتفقا على ان الخزانة لصاحب

الاسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل فيجرى فيها
الخلاف السابق وفى الدروس لو تنازعا فى المرقاة فحلف فهو للاعلى و
فى الخزانة تحتها بينهما ولو اتفقا على ان الخزانة لصاحب الاسفل فالدرجة
كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل فيقضى بها بينهما ولا عبرة بوضع
الاسفل الاته وكيزانه تحتها اذا ثبت تبعية الدرجة للاعلى فهو
ذو يد فى الاسفل قلت قد يرجح صاحب السفل بانها من بيوته الظاهرة فى
العرف استقلال يد اختصاصه بها لتبعية الهواء للدار كاستقلال يد
اختصاص صاحب العلو عرفا بالاعلى ومن ذلك يظهر لك ما فى قول المص
ولو كانت الدرجة خزانة كانا ودعواها سواء فيقضى بها بينهما بعد
التحالف والنكول لان لكل واحد منها شاهدا بملكها باعتبار ان يد
الاختصاص لصاحب العلو يقتضى بان مكانها كذلك اذ الهواء كالقرار كما ان يد
الاختصاص للاسفل يقتضى بان الهواء له ايضا لانه تابع للقرار لما عرفت من
ظهور يد الاختصاص عرفا بها الذى لسفل المفروض كون البيوت له التى
هى من جملتها فى الحقيقة بل لعل كلام هم فيما تقدم فى تقديم صاحب السفل
لو كان النزاع فى الجدار الاسفل شاهدا على ذلك وكانه مال اليه فى الحدائق
وفى محكى التذكرة احتماله واحتمال الاختصاص بذى العلو ولا ريب فى
ضعفه نعم قد يؤيد الاول بظهور التفاوت بين خزانة الدرج و
غيرها من البيوت باعتبار كونها كالتابع لذى صاحب اليد عليه ذو يد
عليها ايض ومن ذلك مع تصرف صاحب الاسفل حكم المص وغيره بالتسوية
بينهما بخلاف بيوت الاسفل بل هى بين التداعى بين صاحب الغرفة و
بين ما تحتها فتامل جيدا ولو تداعيا الصحن الذى وضع المرقاة فى صدره
اى نهايته والسعة وهو آخر خطه فى الجهة المقابلة للباب قضى منه
بما يسلك الى العلو بينهما مع التحالف والنكول وما يخرج عنه لصاحب
السفل لظهور يد صاحب العلو باعتبار افتقاره الى السلوك فى ذلك
مقدار الممر ويشاركه فيه للتصرف ايض صاحب السفل ويختص بغيره

بحث ٣

حكم الخزانة تحت الدرجة

لكن فى الدروس وربما امكن الاشتراك فى العرصة لان صاحب الاعلى لا يتحقق
المرور على خط مستو ولا يمنع من وضع شئ فيها ولا من الجلوس قليلا ولو كان المرقى فى دهليز
خارج لم يشاركه الاسفل فى شئ من العرصة اذ لا يد له على شئ منها الا ان يتوى فى
السكة المرفوعة فاشتراكها بين الجميع ويؤيده ان العرصة يحيط بها الاعلى كما يحيط
بها الاسفل ولو كان المرقى فى ظهره اختص صاحب الاسفل بالعرصة والدهليز اجمع والله العالم

تتمة اذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها قضى للراكب مع يمينه وفاقا للمحكى عن
١٣ درس ٣ لظهور يد الاختصاص له عرفا وقيل والقائل الشيخ ايض وبحكى الخلاف وابن حمزة بحكى
السرائر هما سواء فى الدعوى كثبوت يد كل منهما عليها الزيادة تصرف الراكب لم يثبت
شرعا لكونه مرجحا لتعريف المدعى والمنكر منطبق عليهما بتقريره ولذا كان ذلك خيرة ثانى
الشهيدين والمحققين ولكن قد يقوى كان الاول اقوى لما ذكرنا من ظهور العرف
فى كون يد الاختصاص له خصوصا مع ملاحظة نظائره باعتراف الخصم كتنازع لابس
الثوب وممسكه ومن له حمل على الدابة مع من فى يده زمامها وغير ذلك اما لو تنازعا ثوبا
وفى يد احدهما اكثره فهما سواء لعدم اقتضاء الاكثرية عرفا الاختصاص وما وقع من
بعضهم من انه كمسئلة الراكب والقابض باعتبار ان كلا منهما زيادة تصرف فلم يثبت
كونه بها مرجحا كما ترى وكذا لو تنازعا عبدا ولاحدهما عليه ثياب مع فرض ثبوت
يدهما عليه لانه لا مدخلية لزيادة الملك فانه قد يلبسها بغير اذن مالكها او بالعارية
فهو كلبث يد عرفا ومن هنا يعلم انه لو فرض لاحدهما خاصة عليه يد او الآخر
له ثياب عليه فالقول قول صاحب اليد كما انه لو كان لم يكن لاحدهما ثياب عليه يد
الا ان الثياب لاحدهما يكون بينهما ايض لما عرفت من عدم كون الثياب يد لصاحبها
اما لو تداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل ليس للآخر عليه يد كان الترجيح لدعواه قطعا
ضرورة ظهور وجود الحمل عليه فى يد الاختصاص الاستقلال به بل قد يقوى بكونه كذلك لو
فرض ان للآخر يد اعليه بقبض الزمام باعتبار ظهور يد الاختصاص فى الحمل كالراكب
والقابض فضلا عما لو كانا معا قابضين ولاحدهما خاصة الحمل ومن قدروى
انه جعل حكم الراكب ولابس الثوب وذى الحمل سواء وفى المسالك هو كذلك اى فى
اتحاد الحكم فيها اجمع وان كان هو عنده الاشتراك وعند غيره الاختصاص

حكم التنازع فى ...

كتاب الشركة

وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك ولو تداعيا غرفة على بيت احدهما وبابها الى غرفة
الآخر كان الرجحان لدعوى صاحب البيت ضعفا لكونها في ملكه لذي هو هوآء بيته
التابع لقراره ومجرد فتح الباب الى المغير لا يفيد يدا عرفا نعم لو فرض كونه مع ذلك متصرفا
فيها بسكنى وغيره امكن تقديمه على صاحب البيت باعتبار ان يد صح فعليه ويد صاحب
البيت تبعية والفعلية اقوى واولى مع انه في المسالك احتمل التساوي ايضا قال فثبوت اليد
من الجانبين وفي الجملة عدم تاثير قوة اليد كما سلف وفي قواعد الفاضل ومع التصرف اشكال
وان كان لا يخفى عليك ما فيه نعم قد يشكل ذلك بما فاته للحكم بشركة الخزانة تحت الدرج
مع ان يد صاحبه عليها تبعية ويد المتصرف بها فعليه فلتقدم عليها كما ذكرناه سابقا
اذ لا فرق في التبعية بين ان يكون منشأها لحوق السفل بالعلو او بالعكس فانه من
ملك قرارا ملك هوائه ومن ملك هوآء ملك قراره ومن ملك شيئا ملك قراره
ولو هوآء والدرج كذلك والله العالم كتاب الشركة بكسر الشين مع اسكان
الرآء وبفتحها مع كسرها بل او اسكانها والنظر فيه في فصول الاول في اقسامها ولكن ينبغي
ان يعلم اولا ان ماهية الشركة لغة على ما قيل الاختلاط على وجه لا امتياز شيوعا او مجاورة
وشرعا اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشياع فالاول بمنزلة الجنس الشامل
للاجتماع مع التميز ومكان واحد والثاني بمنزلة الفصل فان المتبادر منه الواحد
بالشخص لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف وح فلا شركة مع تعدد الشخص نعم
المراد بالواحد فيما هو متعلق الشركة وان تعدد لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل
فرد من افراد المتعدد وح جامع المقاصد والمسالك ان قيد الشياع لاخراج اجتماع حقوق
الملاك في الشيء الواحد المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلا اذا كان سقفه لواحد
وحائطه لآخر وارضه لثالث فانه لا شركة لعدم الشياع وان صدق اجتماع حقوقهم
في الشيء الواحد وفيه عدم صدق كونه واحدا بالشخص اذ هو مجموع باشخاص ونحن
الشهيد في المحكي من حواشيه انه لاخراج اجتماعها في الشيء الواحد بالشخص على البدل
كمستحق الزكوة والخمس والمجتمعين على مسجد او معدن او مباح بتعذر قيد الاجتماع
فان ذلك اجتماع لا على سبيل الشياع قال فان قيل يخرج هذه بقوله الملاك قلنا
الملك المراد به الاستحقاق حذرا من المجاز والاشتراك وانسحاب جامع المقاصد

كتاب الشرح وفيه فصول الاول

بان الملك اخص من الاستحقاق مطلقا فلو حمل على معناه الخاص المتعارف لخرجت هذه
الاقسام بالقيد المذكور وخرج بقيد الشياع ما تقدم سابقا الى ان قال وفي تعريف
نظر لانتقاضه بالشركة في القصاص وحد القذف والخيار والرهن والشفعة و
نحو ذلك فانه ليس هناك ملك حقيقي فلا مالك حقيقة وقد صرح بان هذا
احد اقسام الشركة الثلثة وكانه تصدى لدفع جميع ذلك في المسالك فقال ويمكن
ان يكون حاول بحمل الملك على الاستحقاق الذي هو اعم منه ادخال الشركة في الخيار و
نحوه مما لا ملك فيه فانه محض استحقاق فلو حمل الملك على معناه الخاص لانتقض
التعريف في عكسه لو اريد به المعنى الخاص ولو جعل مشتركا بينه وبين الاستحقاق
او مجازا في الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز فحمله على معنى الاستحقاق العام يدخل
الاقسام ويسلم من محذور المجاز والاشتراك كما ذكر لكن يبقى فيه ان اطلاق الخاص
وارادة العام مجاز غير شائع يجب صون التعريف عن مثله وقد يجاب عنه بان
اطلاق الملك على الاستحقاق ليس بمجاز بل معناه يتبادر من قولك فلان يملك
الشفعة على فلان ويملك الحد ونحوه او انه مجاز شائع وان كان مطلق اطلاق
الخاص على العام ليس شائعا لا عبرة في رخصة التعريف انما هو بالفرد المحتاج الى
استعماله لا بنوع ذلك الفرد وهذا هو الظاهر هنا وبقية عليه ان المص بلا فصل ذكر
حكم الاشتراك في الحق المذكور فلبس بغافل عن دخوله في التعريف وح فالمستعمل هنا
اما المجاز المنصوب على ارادته قرينة او المشترك اشتراكا معنويا ان جعل ذلك الاستحقاق
من افراد الملك حقيقة والاشتراك المعنوي لا يضر دخوله في التعريف ولو ابدل الملك في
التعريف بالاستحقاق لسلم من ذلك كله ولذا عرفها في الاسعاف شرح الارشاد من كتب العامة
بانها ثبوت الحق في الشيء الواحد لمتعدد ولكن قد يقع ان الشركة في الحقوق وان دخلت
في التعريف ولو على ارادة الاستحقاق من الملك لكن قد ينافي ذلك قيد الشياع فيه
فانه لا شياع في استحقاق كل منهما الثابت له ثم انه لا ريب في ملك الفقراء للزكوة
والسادة الخمس والمسلمين الارض المفتوحة عنوة الا انه ملك جنس لا يتعدد فيه
فيصدق معه اجتماع حقوق الملاك والافراد من حيث الشخص لا ملك لاحد
منها كما ان الاشياء المباحة من معدن ونحوه هي بين الناس على حد سوآء بمعنى

تحقيق رشيق في عقد الشركة

ان لكل واحد حيازتها والسابق منهم احق من غيره ومع تعدد السابق يقرع وكذا
المسجد والوقف العام وان كان ربما يفرق بينهما الا انه على كل حال لا شركة فيها
من حيث الملك ولا من حيث الحق على سبيل الشركة في الاموال والحقوق والامر في هذا
كله سهل انما الكلام في ملك الكلي في الصبرة مثلا كالصاع منها او كملك شاة من اربعين
شاة وكلك مائة في الثلث بالوصية ونحو ذلك مما لا اشكال في صدق الشركة معه و
او اشاعة الا ان يراد منها عدم التعيين لا خصوص الثلث والربع ونحوهما و
كيف كان ففي المسالك تبعا لجامع المقاصد ان للشركة معنيين بل وانها شرعيين احدهما
ما ذكره المص ولكنه معنى من المعاني دخوله في باب الاحكام اولى ضرورة حصول الاجتماع
المزبور بعقد وغيره بل بغيره اكثر حتى لو تعدد احدهما ومزجه ماله بمال الآخر
قهرا بحيث لا يتميز ان تحققت الشركة بالمعنى المزبور وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف
الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه ولا يدخل فيه المستحقون للارث ونحوه
وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ويلحقها الحكم بالصحة و
البطلان واليه يشير المص فيما بعد بقوله قيل تبطل الشركة اعني الشرط والتصرف
وقيل يصح ولقد كان على المص ان يقدم تعريفها على ما ذكره لانها المقسم بالذات
حقا او ينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتهما واحكامهما وفي
القواعد وغيرها كفاية قولنا اشتركنا في العقد المزبور لكن في الحدائق لا يخفى على
من تأمل الاخبار عدم معنى للشركة الا الاول الذي ذكره المص والفاضل والشهيد
في اللمعة واما المعنى الثاني فلا اثر له ولا عين منها الى ان قال بعد ان حكى عن بعضهم
انها عقد جائز لا عقد هنا بالكلية ولا عاقد وانما الشركة اجتماع الاموال على الوجه
المذكور فلا معنى لوصفه بالجواز نعم البقاء على حكمها امر جائز انه لا يجب عليه الصبر
على الشركة بل يجوز رفعها واخذ حصته وبعد هذا الاجتماع لا يصح لاحد الشريكين
التصرف فيها الا باذن الباقين المدلول عليها باللفظ الصريح او الكتابة او غيره من
القرائن كغير المقام مما يعتبر فيه الاذن قلت قد يؤيد ذلك ايضا ظاهر كلام المص
واللمعة وغيرهما مما لم يتعرض فيهما لكونها عقدا بل في جامع المقاصد عن فخر المحققين
واول الشهيدين تنزيلا قول الفاضل وقيل تبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل على

فيه بيان تأويل اطلاقات العقد وتنزيله على المجاز

ارادة بطلان الاذن لا عقد الشركة ويرد ذلك كله في الرياض تبعا لجامع المقاصد
وغيره بالاجماع وبان الاصل حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه فيقتصر فيها
على القدر المتيقن وهو ما دل عليها صريحا من الجانبين كما نبه عليه في التذكرة
وعليه يصح اطلاق العقد عليه واما الاكتفاء فيها بمجرد القرائن الدالة عليها و
الالفاظ الغير الصريحة فيها فلا دليل عليه وعلى فرض وجوده كما يدعى من ظاهر
النصوص مع عدم دلالته عليه اصلا فلا ريب في مغايرة هذا المعنى للاول الذي
لحصول الاول بامتزاج المالين قهرا من دون رضى المتشاركين وهو غير الامتزاج
مع الرضا به وبالتصرف في المالين مطلقا او مقيدا على حسب ما يشترطانه فانكاره
رأسا فاسد جدا ولا ينافي التغاير دخول الثاني في الاول دخول الخاص في العام
فانه من افراد متغايرتهما في الجملة قطعا وهو كاف في افراد الخاص عن العام في الاطلاق
الى غير ذلك من الكلمات خصوصا التذكرة وخصوصا ما في بعض كتب العامة الا
انها جميعها من غرائب الكلام اما ما في الحدائق من انكار عقد الشركة رأسا فهو
واضح الفساد بل يكون دعوى اجماع العامة والخاصة على خلافه كما ان دعوى كون
عقدها ما دل على جواز التصرف من كل منهما او من احدهما واضح الفساد ايضا ضرورة
عدم مدخلية ذلك في الشركة بوجه من الوجوه بل هو داخل في قسم الوكالة وقد
اعترف به في كره قال فيها الشركة قد تقع بالاختيار وقد تقع بالاجبار وكلامنا
في الاولى وهي قد تحصل بمزج المالين بالاختيار من غير لفظ فلو امتزج المالان برضاهما
حصل الشركة الاختيارية وان لم يكن هناك لفظ واما التصرف فالاذن فيه والمنع منه
فذاك حكم زائد على مفهوم الشركة ومن ذلك وغيره يعلم التشويش في كلامه وكلام
غيره ايضا وكان السبب الذي اوقعهم في الوهم هو ظنهم حصول الشركة بالمزج الحقيقي
مع فرض اعتبار الامتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها ضرورة حصولها
بالمزج المزبور المقيد مع ذلك لذلك مع القهر وعدم القصد بما اليها فضلا
عما لو قصدت به اختيارا فلم يكن حينئذ معنى لعقدها الا جواز التصرف خصوصا مع
ملاحظة الشركة الاكتسابية التي هي من اقسام التجارة المبنية على العمل من الشريكين
او من احدهما التي قد وردت النصوص بها وفيمن ينبغي ان يشاركه وان لا يشارك

وغير ذلك من احكامهما ولعله لذا اكتفوا في صيغتها بقول اشتركنا باعتبار امتناع
ان يراد بانشائه حصولها بدون مزج ولا المزج تكنيلا يحصل بالفظ فتعين
ان يكون معناه جواز التصرف الا لم يكن له معنى اصلاً كما صرح بذلك في
جامع المقاصد الا انه لا يخفى عليك ما في ذلك اذ لا دلالة في قولنا اشتركنا على
الاذن بوجه من الوجوه كما انه لا حاجة في حصول الاذن منهما او من احدهما الى العقد
وليس من مقدمات الشركة من دون عمل اصلاً لغرض من الاغراض فالتحقيق ان يق
ح بعد البناء على كونها عقداً ان قول اشتركنا لانشاء تحققها وصيرورة
كل من المالين بينهما على الاشاعة الا انه يشترط في صحة ذلك تحقق المزج بعده
ان لم يكن فهو ح شرط كاشف او ناقل نحو القبض في الرهن او انه جزء السبب
ومتى حصل مزج بعد بقصد انشاء الشركة من دون قول تحققت وكانت كالمعاطاة
اما المزج القهري المجرد عن قصد ارادة انشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك
كل منهما الحصة المشاعة في نفس الامر وانما يفيد الاشتباه في كل من اجزاء المال
الا ان الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهري الذي تقدم نظائره فا
الفرق ح بين المزج القهري والمزج الانشائي هو ما ذكرناه فلا ح ايقاع
عقد الشركة بعد وقوعه كي يتبدل الملك ظاهراً بالملك بل لو سلم افادة
المزج القهري للملك في الواقع على نحو المزج الاختياري كما هو ظاهر كلمات الاصحاب
امكن ان يق ح انه لا مانع من صيرورته جزء سبب مثلاً اذا جيء به لاتمام
عقد الشركة مثلاً بل ومن صيرورته سبباً تاماً في ذلك اذا قصد الانشاء
به في المعاطاة واتفاق حصول الشركة به قهراً فانه لا تنافي ح بينهما ويكفي
في العقد تحققه به الا انه لا نفع للشركة بغير ذلك وبذلك يظهر لك ما في جميع
كلماتهم من التشويش والاضطراب خصوصاً التذكرة وجامع المقاصد و
المسالك والرياض وغيرها التي لا يخفى عليك حالها بعد الاحاطة بما ذكرنا
فضلاً عما يظهر من المحكي عن الجنيد في ان من تحقق الشركة بالقول من دون
مزج قال لو تلف مال احد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالين او
بافتراق كان من تلف من مال صاحبه وان كان التلف بعد العقد والافترا
ق

بيان حكم الاذن في الشركة

كان من مالهما جميعاً وهو كما ترى ومن هنا قال في المختلف بعد ان حكى ذلك عنه
والاجود ان لا شركة الا بالامتزاج والتلف من قبله من صاحبه ومراده في
محل الغرض متامل وربما تسمع لذلك ايضاً زيادة تحقيق في مطاوي البحث
ثم المال المشترك قد يكون عيناً كما هو ظاهر وقد يكون منفعة بالاجارة
والحبس والسكنى بل والوقف وفيه انه ان كان على محصورين فالاشتراك بالعين
والا فلا اشتراك بل هو ح نحو ما عرفته في حق الزكوة والخمس والطرق العامة
والطرق النافذة وقد يكون حقاً كالخيار والشفعة الموروثين مثلاً والقصاص
وغيرها واما سبب الشركة في الثلثة فقد يكون ارثاً كما اذا ورثا مالاً او منفعة
او حقاً وقد يكون عقداً ايضاً في الثلثة ايضاً كما لو اشتريا داراً او استاجراها او
صالحا عن حق تحجير مثلاً وقد يكون مزجاً في العين كما هو واضح بل وفي المنفعة فيما لو
فرض استيجارهما دراهم للتزين مثلاً بناء على جوازه لكل دراهم مخصوصة ثم مزجاها
بارادة الاشتراك في المنفعة فيتحقق ح اشتراكهما في المنفعة ح وقد يشكل
ذلك باصالة تعددها وانما هو من الاشتباه لا المزج المعتبر في تحقق الشركة فتامل
وقد يكون حيازة بناء على تحققها بشركة الابدان كما عن الاسكافي او على
فرض نية كل منهما بان ما يحوزه له ولشريكه الموكل له على ذلك بناء على
الاكتفاء بمثل ذلك ولكن الاشبه عند ملم باصول المذهب وقواعده
اختصاص كل واحد بما حازه لاصالة عدم دخوله في ملك الغير حتى مع
النية لعدم ثبوت قبوله لمثله النيابة فضلاً عما اذا لم ينو فانه لا وجه
له الا على جواز شركة الابدان المعلوم بطلانها عندنا ومن ذلك يعلم
ما في المسالك من انه ينبغي ان يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل بنية الوكالة
لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه فانه ح يتوجه الاشتراك الا ان ذلك
مما يقبل النيابة اذ قد عرفت الملك بذلك ايضاً عند المص نعم لو اقتلعا
شجرة او اغترفا ماء بانية واحدة او اشتركا في نصب حبالة الصيد المشترك
ورمي السهم المثبت له تحققت الشركة ح في الجملة قطعاً وفي المسالك لكن
يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله ويختلف ذلك بالقوة والضعف

اقسام الشركة

اسباب الشركة

بيان شركة المزج

ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح او تمليك كل واحد ما بقى
له عند الآخر بناء على جواز هبة المجهول قلت او يحكم بالنصف لاصالة عدم
زيادة احدهما على الآخر بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما في القوة والضعف
لصدق اتحاد فعلهما في السببية واندراجهما في قول من حاز ملك ولعدم الدليل
على اقتضاء ذلك التفاوت في المحاز وان كان هو منافيا للاعتبار العقلى
الذى لا يرجع الى دليل معتبر شرعا فتامل جيدا والله العالم وكل ما لو مزج احدهما
بالآخر بحيث لا يتميز ان تحققت فيهما الشركة اختيارا كان المزج او اتفاقا
مقصودا به الشركة او لا بلا خلاف اجده بل لعل الاجماع بقسميه عليه لكن
قد عرفت سابقا الفرق بين المزج الاختيارى المقصود فيه الشركة وغيره
بالملك مشاعا في نفس الامر في الاول بخلاف الثانى وان عومل معاملته
في الاحكام الا انه لو فرض اتفاق العلم ببعضه لاحدهما والبعض للآخر شركة
فيه بل لو فرض بقاء ما ليس هو لاحدهما امكن ح اتيان القرعة عند
القائل بها في مثله وقسمته بينهما من الصلح القهرى عند غيره على نحو
ما سمعته في نظائره في كتاب الصلح والله العالم وعلى كل حال فلا خلاف
في انها تثبت في المالين المتماثلين في الجنس والصفة بالمزج الرافع للامتياز
بينهما الذى قد عرفت سببيته للشركة فلو تخلف احدهما تحقق الامتياز
الناف للشركة فلا يكفى ح مزج الحنطة ما بالشعير ولا الدخن بالسمسم وان
عسر التخلص والدراهم بالدنانير بل ولا الحنطة الحمراء بالبيضاء
الصغيرة الحب بالكبيرة والدراهم الصحيحة بغيرها ونحو ذلك مما لم يرتفع
التميز فيها بالمزج الذى هو سبب الشركة اذا كان على الوجه المزبور
سواء كان المالان اثمانا اى ذهبا او فضة ام عروضا كالادهان
وغيرها من المائعات بل والحنطة والشعير والذرة والسمسم ونحوها
خلافا للمحكى عن الشيخ فمنع من الشركة في العروض الا في المكيل
والموزون وما عن الاسكافى من اطلاق عدم صحة الشركة اذا كان
لكل واحد منهما مشاع الآن بتعاوضا بتبايعهما فيبيع هذا نصف

عدم اشتراط عدم التميز في الشركة

مشاعه بنصف مشاع هذا وان كان يمكن تنزيل كلام الاخير منهما على ما يحصل
معه كالامتزاج الرافع للامتياز ثم المراد من عدم التميز كونه في الظاهر كذلك
لا في نفس الامر فان الاجسام لا تتداخل في المائعات فضلا عن غيرها الكون والارض
بعد ان اعترف بانه المستفاد من كلمات الاصحاب سيما معقد اجماع التذكرة قال
هو مناف لما ذكروه في التعريف من اجتماع حقوق الملاك على الاشاعة فان الظاهر منها حيث
تطلق ان لا يفرض جزء الا وفيه حق لهما وبه صرح الفاضل المقداد في شرح الكتاب
بل صرح فيه بعد حصول الشركة بمزج الحنطة والذرة والعوض والسمسم ونحوها بمثلها
ونحوها بل صرح حصرها في مثله دقة والادهان بمثلها ولكن الظاهر منه عدم استقامة
ما ذكره على طريقة الاصحاب الا انا فهم في الظاهر على عدم اشتراط عدم التميز لنفس الامر
مع ان اشتراطه ونحو الاثمان مخالف لطريقة المسلمين في الاعصار والامصار لانهم لا يزالون
يتشاركون فيها من زمن حتى الى زماننا هذا من غير نكير وصقع من الاصقاع وعصر من
الاعصار فكان اجماعا وقد نبه عليه في التذكرة نفى الكلام في التوفيق بين التعريف
وما هنا والخطب سهل بعد الاجماع على ما هنا لعدم الدليل على ما في التعريف من اعتبار
الاشاعة بالمعنى المتقدم مع احتمال ارادتهم منها هنا عدم التميز المطلق قلت وفيه
اولا ان عدم التميز في نفس الامر لا يتم في الادهان ولا في غيرها كما سمعت وثانيا ان
التعريف للشركة الشرعية الموجبة للملك على الاشاعة التى قد ذكروا اسبابها
بعد تعريفها ولا ريب في ان المراد منها المعنى الاول لا عدم التميز كما هو واضح ولا يشتبه
على من له ادنى تحصيل وما حكاه في التنقيح لواحد في من حضر من نسخته فالفائدة
الثانية الشركة امر حادث وكل حادث لا بد له من سبب والسبب فيها قد يكون ارثا
وقد يكون حيازة كما لو اقتلعا شجرة او اغترفا ماء بآنية وقد يكون مزجا كما اذا
مزجت الاجزاء المتساوية الصغرة بحيث لا يمتاز جزء من جزء كالادقة والادهان
لا كالحنطة والذرة والدخن والسمسم والدراهم الجدد والعتق ثم قال الفائدة الثالثة
انما قيد الاجتماع على وجه الشياع احترازا عن اجتماع لا يحصل فيه ذلك والمراد
بالشياع ان لا يفرض جزء الا وفيه حق لهما وهو كما ترى اجنبى عما حكاه عنه ضرورة
كون مراده وعدم تحققها مع التميز كمزج الحنطة بالذرة والدخن بالسمسم والدراهم

المجدية بالعتيقة ولذا افردها وجمع الادهان ولا منافاة لاباً منا لها
التي من ضرورة المذهب تحقق الشركة بالامتزاج واما ما ذكره من تفسير
الشياع فهو في محله لانه يريد تمامه في مثل الدقيق دون غيره كما هو واضح
بادنى تامل خصوصاً مع ملاحظة كونه اجل من ان يقع في هذا الوهم الذي
لا يخفى جوازه على صاغر الطلبة انما الكلام في اعتبار المثلية ان كانت بالمزج
فيها كما هو ظاهر النص بل قيل هو صريح قوله اما ما لا مثل له كالثوب والخشب
والعبد فلا تتحقق فيه بالمزج بل قد تحصل بالارث او احد العقود الناقلة
كالابتياع والاستيهاب ولعله لاصالة بقاء كل على ملك مالكه المقتصر في
الخروج منها على المتيقن الذي هو المزج في المثليات دون غيرها لكن في الرياض
بعد ان حكى ذلك عن بعض قال وفاقاً للمبسوط والاسكافي الا انه اطلق ولكن
معلوم النسب لا يقدح خروجه بالاجماع ومع ذلك يضعف بتحقق المزج على الوجه
المتقدم في كثير منها كالثياب المتعددة المتقاربة في الاوصاف والخشب ونحوهما
بتحقق الشركة فان ضابطها حصول المزج مع عدم الامتياز ولا خصوصية
للقيمي والمثلي في ذلك وقد حصل ولا يخفى عليك ما في الثاني من مصادرة الى
نعم لو كان في الادلة ما يقتضي اطلاقه تحققها بالمزج الرافع للامتياز اتجه
الاستدلال باطلاقه ولكن لم نعثر على ذلك المتتبع الا ان يستدل باطلاق اوفوا
بالعقود المقتضي لتحققها في جميع افرادها او باطلاق معقد دعوى الاجماع على
ذلك الا انا لم نحققه نعم في كره واما العروض فعندنا تجوز الشركة فيها مع الشرط
المذكور اي المزج الرافع للامتياز سواء كانت من ذوات الامثال او من ذوات
القيمة وهو ليس اجماعاً صريحاً مع انك قد سمعت ما حكاه عن الشيخ والاسكافي
وان كان قد سمعت كلامهما سابقاً ولو سلم الاجماع على ذلك فليس في كلامه
صراحة فيما ينافيه خصوصاً بعد قوله سابقاً وكل ما لا يتميز احدهما بالآخر
الشامل للقيمي والمثلي بل قوله ايضاً وتثبت في المالين المتماثلين في الجنس والصفة
كذلك ايضاً ضرورة عدم صدق ذلك على القيميات نعم قوله اما ما لا مثل له الى آخره قد
يوهم ذلك ولكن من المحتمل قوياً ارادته عدم تحققها بالثوب والخشب

عدم تحقق المزج فيما لا مثل له فلا تتحقق فيه الشركة

والعبد باعتبار عدم المزج فيها الرافع للامتياز فهو حينئذ لبيان ما احترز به
من اعتبار المزج الرافع للامتياز ضرورة ان مثل هذه لا يتحقق فيها الشركة بمزجها
باعتبار عدم ارتفاع الامتياز بمزجها كما هو واضح وربما يومي اليه افراد الثوب
والعبد اذ لو كان المراد الخشب في الثياب والعبد في العبيد والخشب في الاخشاب لناسب
التعبير بالجمع نعم قد يقال ان المتيقن من الفتاوى ومعاقد الاجماعات من سبب
الشركة المزجية هو ما يتحقق فيها صدق المزج الرافع للامتياز وبسببه فلو لم
يحصل صدق المزج كالدرهم والدنانير والعبد في العبد والحلي في الحلي والفرس في
الفرس ونحو ذلك لم يتحقق الشركة المزجية اذ هو من الاشتباه لا الامتزاج
الشبيه بالتداخل عرفاً كما في المائعات وذوات الاجزاء الصغيرة من الحبوب و
نحوها بل وغيرها مع فرض الكثرة من الجانبين وبالجملة المدار في حصولها على ذلك
من غير فرق بين المثلي والقيمي كالمصنوعات الصغيرة من الذهب ونحوه مع
صدق امتزاجها على وجه يرتفع الامتياز بينهما بل ان لم يقم اجماع امكن القول بتحقق
الشركة بامتزاج الشخصين المتحدين في الاوصاف الخارجية وان كانا من جنسين
كالقرمز مع بعض الاصباغ المساوية له في اللون والعسل وبعض افراد الدبس
ونحو ذلك واعتبار بعض اتحاد الجنس والوصف انما هو للاحتراز عما لا يرتفع
بالامتزاج كالدهن مع الدبس مثلاً لا لما يرتفع امتزاجه امتيازه وصيرورته
كالمال المتحد باعتبار اتحاده معه في الجنس والصفة مع انه ايضاً كان للنظر
فيه مجال بل قد يقوى تحققها في متعذر التخلص اشتراكاً على كل نسبة قيمة ماله كما في
المثليات والقيميات الممتزجة المفروض اختلاف قيمتها الوهمية ونحوها وبالجملة
كلام مهم في ذلك غير منقح وقد عرفت ما تقتضيه الاصول والقواعد في محل
الشك كما انه غير خفي عليك فيما لو اراد الشركة فيما لا مثل له وغيره مما لا
يتحقق فيه بالامتزاج لعدم ارتفاع امتيازه به باع كل واحد منهما حصته
مما في يده بحصته مما في يد الآخر او وهب كل منهما كذلك او باعها بثمن اشترى
الآخر به منه او غير ذلك بل قد يستفاد من النصوص تحققها في مال اشتري
بثمن معين مثلاً بقول شركتك فيه على معنى ارادة نقل نصفه مثلاً اليه

عدم صحة شركة الاعمال

بنصف الثمن وبقول الربح بيني وبيناؤه فيه ونحو ذلك قال محمد ابن مسلم في
الموثق سئلت ابا جعفر ع عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها فاتى
رجلاً من اصحابه فقال يا فلان انقد عني ثمن هذه الدابة والربح بيني وبينك
فنقد عنه فنفقت الدابة قال ثمنها عليهما لانه لو كان ربحاً كان بينهما ونحوه
غيره والله العالم ولا تصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة بلا خلاف معتد
به اجده فيه بيننا بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكي فيه منهما مستفيض او متواتر
من غير فرق بين اتحاد عملهما واختلافه ولا بين كون العمل في مال مملوك او تحصيل
مباح من حطب او حشيش ونحوهما للاصل السالم عن معارضة اوفوا بالعقود
بعد ملوفيت والتراضي بعالم يثبت شرعيته غير مجد والمراد بالتجارة عنه ما يجب
التكسب به شرعاً وما يحكى من شركة سعد ابن ابي وقاص وعبد الله ابن مسعود و
عمار ابن ياسر فيما يغنمونه فاتى سعد باسيرين ولم ياتيا بشئ فاقرهما
النبي ص وشركهما جميعاً غير ثابت مع امكان ان يكون ذلك يوم بدر الذي
غنائمه على ما صرح به في التذكرة للنبي ص فيمكن ان يكون هبة لهم بل يمكن
غير ذلك ايضاً ومن هنا اتفق اهل الحق على عدم الشركة بذلك عدا ما حكي عن
الجنيد منهم مع ان المحكي عنه في المختلف انه قال لو اشترك رجلان بغير رأس
مال على ان يشتريا ويبيعا بوجوههما جاز ذلك ولو اشترك رجلان على ان
يعملا عملا لكل واحد منهما فيه عملا منفرداً او ان تكون ايديهما جميعاً في العمل وتقسم
الاجرة بينهما لم اجز ذلك لان الاجرة عوض عن عمل فاذا لم يتميز مقدار عمل
كل واحد منهما لم آمن ان يلحق احدهما غبن او ان ياخذ ما لا يستحق وان تنا
كا الفضل او تعالا او تفضل احدهما بالعمل ثم قسمه على الآخر من غير شركة جاز
ذلك وهو كما ترى صريح في عدم الجواز لكن في المختلف بعد ان حكى ذلك عنه
قال والوجه البطلان لنا اجماع الفرقة وخلاف ابن الجنيد غير معتد به لانقراضه
وحصول الاتفاق بعده ولان الاصل عدم الشركة وبقاء حق كل واحد عليه
ولانه غرر عظيم ولان الشركة عقد شرعي فيقف على الاذن فيه ويمكن ان يريد
ما ذكره اولاً من شركة الوجوه لكن قد يقال انه يمكن صحة ما ذكره بالتوكيل من

عدم صحة شركة الوجوه

عدم صحة شركة المفاوضة

كل منهما على الابتياع والبيع كما ان ما ذكره ثانياً يمكن كونه من باب الجزاء فح
فلا يكون خلاف فيه بل تتفق كلمة اهل الحق على البطلان بل ولو اشتهر فعل ذلك عن
المعروف في الحكاية عن الشافعي موافقتهم على ذلك واما المخالف ابو حنيفة ومالك
وابن حنبل على اختلاف فيما بينهم ايضاً في تعيين الجائز من ذلك وحيث كان الجمع
عندنا باطلا لم تكن ثم فائدة يعتد بها في التعرض الى ذلك وح فيختص كل منهما
بما اكتسبه ولا يشاركه الآخر فيه نعم لو عملا معاً لواحد مثلا باجرة ودفع
اليهما شيئاً واحداً عوضاً عن اجرتهما التي وقعت في عقد استيجارهما على العادة
تحققت الشركة ح الا انها ليست من شركة الاعمال بل هي من شركة الاموال
نحو مال الواجر كل منهما نفسه منفرداً ثم ادى اليهما مالا مشتركا فان الشركة
في المال خاصة قطعاً وح فلا اشكال في جوازها من غير فرق بين اختلاف
عمليهما واتفاقه ولا بين عملهما بنسبة احد العملين الى الآخر وعدمه لان الاعتبار
في الصفقة بالعلم بعوض المجموع لا الاجزاء واجرة المجموع هنا معلومة فيقسم
عليهما على نسبة العمل بان ينسب اجرة مثل عمل احدهما الى اجرة مثل العملين
ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة ومع الجهل بالنسبة يحتمل التساوي والصلح
كالمالين الممتزجين المجهول قدر كل منهما والله العالم ولا تصح الشركة بالوجوه
المفسرة في الاشهر باشتراك وجيهين لا مال لهما بعقد لفظي على ان ما
يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما فيبتاعان ويبيعان ويؤديان الاثمان
وما فضل فهو لهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل
بشرط ان يكون الربح بينهما وقيل ان يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال
ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ويكون المال في يده لا يسلمه الى الوجيه
والربح بينهما وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح
له ولا شركة عندنا في المفاوضة التي هي اشتراك شخصين فيما يغنمان به
من ربح وارث ولقطة وركاز وغير ذلك ونحوهما من ارش جناية وضمان
غصب وقيمة متلف وغير ذلك مطلقا بينهما كاملا عن بعض او باستثناء قوت
اليوم وثياب البدن والخادم وبذل الخلع والصداق والجناية على الحر لعدم

الدليل عليها عندنا بل الاجماع بقسميه عليه على فسادها كالشركة بالمعنيين
الاولين وانما تصح عندنا بالاموال بلا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه ايض على
الصحة فيها وهو المسماة بشركة العنان من عنان الدابة او من عنّ اذا
ظهر او من المعانّة بمعنى المعاوضة لامكان تقرير وجه المناسبة في الجميع
والامر فيه سهل وان اطنبوا فيه لكن لا ثمرة معتدّ بها فيه انما الكلام فيما في لك
فانه بعد ان ذكر تفسيرات شركة الوجوه قال والكل عندنا باطل خلافا
لابن الجنيد فانه جوّزها بالمعنى الاول ولابي حنيفة مطلقا فاذا اذن لاحدهما
للآخر في الشراء فاشترياها وقع الشراء منهما وكانا شريكين لانه بمنزلة
التوكيل ومعنى اشتري باذنه فيشترط شروط الوكالة واذا كان المال لاحدهما
وباع الآخر سواء كان خاملا او لا صح البيع لوكالة المالك واجرة المثل لعمله
لا شي له في الربح وكانه اخذ ذلك مما في جامع المقاصد قال واما شركة الوجوه
فان احدهما اذا اشترى من دون التوكيل الآخر له او مع قصد اختصاصه
به فلا حق للآخر في الربح وان وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركة العنان
كانه قبل ذلك بعد ان ذكر الاجماع على بطلان ما عدا شركة العنان من الاقسام
الثلثة قال والمراد ببطلانها عدم ترتب آثارها عليها اما شركة الابدان
فلانها ان عمل كان لكل منهما اجرة عمله ان تميز قليلة كانت او كثيرة ومع
الاشتباه فسياتي ان الاصح الصلح وان كان مع ذلك فيه معنى شركة العنان
لامتزاج المالين وان عمل احدهما فلا شي للآخر في اجرة عمله واما شركة المعاوضة
فلان كل ما انفرد به احد الشريكين من تجدد مال او ثبوت غرم فهو
مختص به ولو كان في مال احدهما المتجدد من جنسه مال للآخر فسدت
شركة المعاوضة وانقلبت شركة العنان قلت محل البحث بين الاصحاب
ومن اجاز ذلك من العامة مشروعية عقد شركة على احد الوجوه الثلثة
على حسب شركة العنان وعدمه وانتفاء مصداق من مصاديقها مع
مصداق الوكالة لا يقتضي جوازها مع فرض عدم قصد الوكالة وعدم
ارادتها وانما المراد عقد شركة على هذا الوجه الذي يصح ان يكون موردا للوكالة

لو قصدت

لو قصدت به ومن ذلك يظهر لك ما في المحكي عن الاردبيلي فانه بعد ان حكى
عن التذكرة بطلان شركة الابدان عندنا سواء اتفق عملهما او اختلف وسواء
كانت الصنعة البدنية في مال مملوك او في تحصيل مباح كالاصطياد و
الاحتشاش قال ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع فان كان فهو
والا فلا مانع فانه يرجع الى الوكالة في بعض الامور وتمليك مال في البعض
الآخر وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض ولا مانع منه في العقل والشرع
ولهذا جوّز بعض اقسامها بعض العامة ثم نقل عنه ايض في ان شركة الوجوه و
المعاوضة عندنا باطلة وليس لها اصل وبه قال الشافعي ومالك ثم نقل
عنه ايض في شركة الوجوه انها عندنا باطلة وبه قال الشافعي ومالك ثم قال
والبحث فيهما مثل ما تقدم فتامل وفيه ما لا يخفى عليك من الخروج عن محل النزاع
انا فرض كون المقصود لها المعنى الصحيح ولذا سموه باسم الفاسد ومن ابطلها
انما اراد تاثير عقد الشركة الذي اوقعاه ذلك وان اتفق في بعض الاحوال اتحاد
مصداقه مع مصداق مفهوم الصحيح الذي لم يكن مقصودا لهما لا به يظهر
فساد ما وقع ممن جوزها من العامة معللا برجوعها الى الوكالة او نحوها
مما هو حلال صحيح اذ قد عرفت حقيقة الحال والله العالم ويتساوى الشريكان في
الربح والخسران مع تساويهما اي المال المشترك بينهما بان لكل منهما ضعفه و
لو كان لاحدهما زيادة كان له من الربح بقدر راس ماله وعليه من الخسارة بلا خلاف
في شي من ذلك مع اتفاقهما في العمل واختلافهما فيه بل الاجماع بقسميه عليه
والسنة مستفيضة او متواترة فيه مضافا الى اقتضاء اصول المذهب
وقواعده في المشاع ذلك بل هو مقتضى الاصول العقلية ايض وما عن بعض
العامة من منع الشركة مع عدم استواء المالين في القدر ويفرض اتفاقهما
في العمل قياسا على ما لو اختلفا في الربح واتفقا في المال مدفوع بان المعتبر
في الربح المال والعمل تابع فلا يضر اختلافه كما يجوز مع استوائهما في المال
عند الكل وان عمل احدهما اكثر انما الكلام فيما لو شرط لاحدهما في عقد
الشركة زيادة في الربح مع تساوي المالين او التساوي في الربح والخسران مع

بيان تساوي الشريكين في الربح والخسران
٧ ماله وكذا ٢

تفاوت المالين مع عدم مقابلة ذلك بعمل فقيل والقائل الشيخ وابنا
ادريس وزهرة والقاضي وجماعة بل عن المستند منهم الاجماع عليه كما عن
ابن ادريس نسبته الى الاكثر تبطل الشركة اعني الشرط والتصرف الموقوف عليه
ويأخذ كل منهما ربح ماله ولكل منهما اجرة مثل عمله بعد وضع ما قابل
عمله في ماله وقيل والقائل المرتضى والفاضل ووالده وولده تصح الشركة
والشرط بل عن الاول منهم دعوى الاجماع وقيل والقائل ابو الصلاح
في الحكي عنه تصح الشركة دون الشرط الذي هو انما يفيد الاباحة لها
لا ملكها فيجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية والاول اظهر عند المص
وجماعة ممن تأخر عنه لانه اكل مال بالباطل باعتبار عدم مقابلة الزيادة
لعوض لكون الفرض انها ليست في مقابل عمل ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة
لتضم احد العوضين ولا اقتضى تملكها عقد هبة والاسباب المثمرة للملك
معدودة وليس هذا احدها ولا هو اباحة للزيادة اذ المشروط تملكها بحيث
يستحقها المشروط له فيكون اشتراطها اشتراط التملك شخص مال غيره
بغير سبب ناقل للملك كما لو دفع اليه دابة يحمل عليها والحاصل لهما
فيكون باطلاً فيبطل العقد المتضمن له لانا لم نقع التراضي بالشركة
والاذن في التصرف الا على ذلك التقدير فلا يندرج في قوله تعالى اوفوا
بالعقود ولا في قوله عم المؤمنون عند شروطهم خصوصاً مع الجواز
في عقد الشركة المنافي للزوم المستفاد من الاية والرواية واما عدم اندراجه
في قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فظاهر اذ الشركة ليست من
التجارة في شيء اذ هي مقابلة مال بمال وهذا الشرط ليس تجارة ايضاً لعدم
تضمن معاوضة ومجرد التراضي غير كاف في اللزوم بل غايته الاباحة ولا كلام
في الجواز بها ولكنه غير مفروض المسألة لعدم استناده الى عقد الشركة
ومع ذلك الاباحة في صورة جعلها بفساد الشرط محل مناقشة بل منع
نعم لو شرطا ذلك للعامل تحققت التجارة ح لان العمل مال فهو في معنى
القراض كانه عليه لم يقولوا ما لو كان احدهما شرطت الزيادة

العامل

العامل صح وكان بالقراض اشبه بل الاختلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة
بل ولا في جوازه مع عمل منهما ايض وشرطت الزيادة لمن زاد عمله على الاخر
بذلك كله ظهر لك دليل القولين الاخيرين وفساده حتى الاجماع المحكي للثاني
منهما المعارض باجماع ابن زهرة المعتضد بالنسبة الى الاكثر وبما سمعت ولكن
مع ذلك للنظر في جميع ما عرفت مجال وذلك لان الاتفاق على الجواز في الصورتين
المزبورتين ليس هو الا للشرط المزبور اذ ليس قراضاً قطعاً لعدم قصده اولا
وعدم تماميته في الصورة الثانية منهما ثانياً وعدم اعتبار ما يعتبر في القراض
من كونه نقداً في الصحة هنا ثالثاً فليس ح الا الشرط المزبور وهو كما انه
قابل للتمليك في مقابلة العمل او زيادته قابل للتمليك مما انا المتحقق شرعاً
بالهبة وغيرها فلا يكون الاكل به ح اكلاً بالباطل بل هو بالسبب الصحيح الشرعي الذي
هو الشرط واحد الاسباب المملكة ودعوى كونه في مثل هذا العقد الذي مفاده
الاذن خاصة لا يفيد ملكاً اذ هو كعقد العارية يفيد فيها انه كذلك مع اشتراطها
للعامل خاصة كان دعوى كون عقد الشركة من الجائز فلا تشمله الاية ولا الرواية
المشترك الالزام ومبني ايض على ان المراد من عقدها المشترط فيه ذلك انما هو العقد
المشتمل على الاذن في التصرف لا عقد انشاء الشركة الذي قدمناه سابقاً فانه لا اذن
لا ينافيه بطلان الشركة بالقسمة كما لا ينافي لزوم البيع الاقالة واما منع كونه تجارة
عن تراض بمعنى تكسب ولو لاحدهما بالطريق المزبور فواضح المنع هذا مع انه قد
يقال في صورة تساويهما في العمل وشرطه الزيادة لاحدهما او اختلافهما وشرطت
لا دونهما بالصحة بناء على ما ذكروه لمقابلتها ح بالعمل ممن اشترطت له واما الاخر
فهو متبرع بعمله لم يرد في مقابلته شيئاً اذ لا امتناع في ان يعمل احدهما بعوض و
الاخر بلا عوض هذا كله مماشاة مع الخصم والا فالمتجه الصحة مط حتى اذا لم يعملا
بل اتجر المالك في نفسه فان الفوائد من اشتراط الصحة بذلك فان ولو شرط التفا
مع تساوي المالين او التساوي مع تفاوته فالاقرب جوازه ان عملا او احدهما
سواء شرطت الزيادة له او للاخير في غير محله ضرورة اعتبار السبب في
استحقاق الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقق في الصورتين كما هو واضح وبذلك

كما ظهر لك ما في كلام جماعة من الاصحاب كالكركي وثاني الشهيدين وغيرهما
فلاحظ وتامل مضافا الى ما عسى ان يستفاد من النصوص المتقدمة في كتاب الصلح
الدالة على جواز اشتراط رأس المال لاحد الشريكين وللآخر الربح وعليه
الخسران التي قد سمعت تفصيل الكلام فيها والى النصوص المتضمنة للمشاركة
في الجارية على ان يكون للشريك شريكا في الربح دون الخسران وان حملها بعض الناس
على معنى آخر بقي الكلام فيما ذكره المص وغيره من قسمة الربح على المالين بناء على
البطلان اذ هو غير تام بناء على اقتضائه بطلان الشركة بمعنى الاذن لصيرورة ٢ عقد
التصرف ح فضوليا فلا ربح نعم هو كذلك مع فرض الاجارة واما الاجرة لكل منهما لوجه
فيها احترام عمل المسلم واقدامه متبرع منهما بزعم صحة العقد فمع فرض بطلانه لم يكن منه
تبرع لكن قد يتوقف في الاجرة مع ذلك لاصالة البرائة نعم هو كذلك بالنسبة الى من
شرطت الزيادة له باعتبار صيرورته ح كالقراض الفاسد فان العامل يستحق الاجرة
فيه لان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فكذا هنا اما من لم يشترط لعمله شئ
فهو حكم المتبرع على تقدير صحة وتوقفنا اللهم الا ان يقال ان الشريك عمل مع توقع
صحة عقد الشركة المقتضي لذلك لا مع فساده اذ هو ح عمل وقع من المسلم لا عوض له بزعم
صحة الشركة فمع بيان فساده فما يبقى مضمونا على من وصل اليه ولكشف الحال في اصل المسألة
ان ظاهرهم عدم رجوع احد منهم على الآخر باجرة عمله مع حصول عقد الشركة
منهما بناء منهم على انه مقتضى عقد الشركة ذلك بل لعل ظاهرهم ذلك في صورة وقوع
العمل من احدهما ايضا وان كان قد بينا فيما تقدم اقتضاء عقد الشركة بناء على ثبوته بالمعنى ٢ حصل
المزبور اما على تقدير عدمه فالمتجه ح ثبوتها للقاعدة احترام عمل المسلم الواقع
باذن من عمل له كما ان المتجه ذلك ايضا لو وقع العمل بزعم صحة عقد الشركة المقتضي للمجانية
الواقع بيان فساده فيتجه الاجرة للقاعدة المزبورة ايضا اللهم الا ان تكون معارضة
بقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده مع امكان منع ذلك هنا بان حق
عدم الاجرة في الفرض انما هو لظهور التبرع منهما لانه من مقتضيات عقد الشركة كي
يتجه اثباته للقاعدة نعم ولكن وقد عرفت النظر في اصل ثبوت هذا العقد عندنا
فضلا عن دعوى اقتضائه التبرع بذاته وربما يؤيده قولهم هنا اعتبر الشرط

والتصرف كالمحكي عن اول الشهيدين وفخر المحققين من ان المراد من البطلان
هنا بطلان الاذن لان الشركة العنانية الحاصلة بالمزج مع العقد لا توصف
بالصحة والبطلان لعدم امكان وقوعها على وجهين وان نظر فيه في المسالك تبعا
لجامع المقاصد بان الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه اي كونه عقدا ثمرته
الاذن في التصرف توصف بالصحة والبطلان بل ليس من الشركة في الاموال الا الشرط
المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه اللهم الا ان يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المزبور
هي العنانية كما يظهر من ذكره انها مركبة من مزج المالين والعقد لكن يتجه انها اذا
لم تكن شركة فهي احد الاقسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في
شركة العنان وانحصار مطلق الشركة في المذكورات وغاية ما يترك انها تطلق
على المعنيين معا لكنها في الثاني اظهر قلت لكن قد عرفت فيما تقدم فساد انه لو يكن اجماعا
بما لا مزيد عليه كما انك قد عرفت هنا وصف الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه
بالصحة والفساد وان صحيحها مقتض للملك على الاشاعة في نفس الامر وفاسدها
فانه اشاعة في الظاهر لا الواقع فتامل جيدا واذا اشترك المال باحد اسبابه
السابقة لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه الا مع اذن الباقين لحرمة التصرف
في مال الغير بغير اذنه ومجرد اشتراك المال لا يدل عليها وان كان بالمزج
الاختياري المراد به حصول الشركة فان حصل الاذن منهم لاحدهم تصرف هو
دون الباقين لحصولها بالنسبة اليه دونهم ولكن يقتصر من التصرف على ما
اذن له فيه فان اطلق له الاذن في التصرف جاز له لان الاطلاق وذلك غير
لعدم التقييد فيه وتصرف كيف شاء من وجوه التجارة والاسترباح لغالبة المنزل
عليها الاطلاق لكن في جامع المقاصد والمسالك تقييد ذلك بالمصلحة كالوكيل
فيتصرف ح معها ببيع وشراء مرابحة ومساومة وتولية ومواضعة او قبض
واقباض وحوالة واحتيال ورد بالعيب ونحو ذلك نعم يقوى عدم جواز
السفر بالمال لما فيه من الخطر المانع من الحكم بتناول الاذن له فيه بل في جامع
المقاصد ولذا لا يجوز مكاتبة عبد الشركة ولا اعتاقه على مال ولا تزويجه
ولا المحاباة بمال الشركة ولا اقراضه ولا المضاربة به ونحوه لان ذلك كله ليس

عدم جواز تصرف الشريك الا باذن شريكه

الاقتصار على الجهة المأذون فيها

من توابع التجارة الغالبة التي ينزل عليها الاطلاق نعم لو اقتضت المصلحة شيئا من ذلك ولم يتيسر استيذان الشريك جاز فعله قلت لا خطاء للفقيه في حصر انواع التصرف المستفاد من الاطلاق جواز فعلها للمأذون ضرورة الاختلاف في ذلك زمانا ومكانا وحالا انما الكلام في اعتبار المصلحة في الجواز او يكفي فيه عدم المفسدة وجهان لا يخلو ثانيهما من قوة وفيما ذكره من جواز فعل ما لم يتناوله الاطلاق مع اقتضاء المصلحة وعدم تيسر اذن الشريك ضرورة عدم كفايتها مع فرض عدم تناول الاطلاق ودعوى شموله لها معا معها منافية لاعتبار عدم تيسر اذن الشريك ضرورة الجواز ح بدونها وان تيسرت فالمتجه ح الحكم بفضولية كل ما لم يشمله الاطلاق سواء كان فيه مصلحة او لا الا ما يرجع منه الى الحكم الامين من حيث كونه امينا والله العالم ولو عين له السفر في جهته لم يجز له الاخذ في غيره او نوعا من التجارة لم يتعد الى سواها سواء نهاه عن غيرها ام لا لان عدم الاذن كافية في عدم الجواز لكن لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة لعدم بطلان الاذن بذلك اللهم الا ان يفرض تقييدها به فيكون فضوليا ح كما انه لو خالف في نوع التجارة كان كذلك ايضا وضمن ايضا لو عين غاية للجهة التي قد اذن بالسفر اليها فتجاوزها في تلك الجهة الا ان كون الضمان فيها وفيما شابه ذلك انما هو لو تلف بماله يأذن له فيه او بغيره مما يتضمن به الامانة مع التعدي فيها ولا ينافي ذلك بقاء الاذن في التصرف اما لو خسر مثلا بما هو مأذون فيه فلا ضمان عليه للاصل فيه وعلى كل حال فقد ظهر لك لو تعدى المتصرف ما حد له ضمن من غير فرق في التعدي بين ان يكون لعدم تناول اطلاق الاذن او لمخالفة خصوص ما نص عليه وفي المحدود بين ان يكون نوع التجارة وزمانها ومكانها وغير ذلك كما انه ظهر لك ايضا انه لو اذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف وان انفردا لاطلاق الاذن وعدم ما يدل على تقييدها بذلك نعم لو شرطا الاجتماع لم يجز الانفراد الذي لم يؤذن فيه ولكل من الشركاء الرجوع في الاذن الذي هو كالتوكيل و المطالبة بالقسمة لانها غير لازمة على وجه يجب الاستدامة عليها اذ الناس

عدم جواز الانفراد مع شرط الاجتماع

مسلطون

مسلطون على اموالهم بانواع التسلط الذي منه افرازه عن غيره وفي المسالك جعل ذلك من المص اشارة الى معنيي الشركة فالى الثانية التي هي العقد بقوله اولا ولكل الخ والى الاولى التي هي من الاحكام بقوله والمطالبة وهي غير لازمة بمعنييها ثم قال والانسب في قوله غير لازمة ان يكون اشارة الى الثانية لان الموصوف بالجواز واللزوم هو العقد قلت لا يخفى على كل ناظر لكلام المص وغيره ممن ذكر ذلك انه لا شركة عنده بالمعنى الذي اثبتها هو ضرورة صراحة كلامهم في ان ذلك كله من احكام الاذن التي هي ليست من العقود قطعا عدا الاذن في دخول الدار واكل الطعام بل لو جعلت عقدا فليست الا وكالة لا شركة نعم بناء على ما ذكرناه من العقدية يراد بجوازها عدم وجوب الاستدامة عليها وابطالها كونها شركة بالقسمة كما هو واضح هذا ولكن ينبغي ان يعلم انه بناء على ثبوت عقد الشركة للاذن في التصرف يتجه انفساخه بقول احدهما فسخت الشركة لانه عقد جائز فيرتفع العقد من اصله بذلك بخلاف ما لو قال احدهما للآخر عزلتك فانها لا تنفسخ بذلك وان انعزل المعزول بذلك الا ان العازل يبقى على الاذن له في التصرف لاشتمال الشركة على ما هو كالوكالتين ووقوع العزل عن احدهما لا يقتضي العزل من الاخرى ولعله الى ذلك اشار في التذكرة بالفرق بين قول احدهما فسخت العقد وقوله عزلتك فما وقع من بعضهم من التامل في ان عدم الفرق بينهما في غير محله وذلك لوضوح الفرق باعتبار اقتضاء الفسخ رفع العقد من اصله بخلاف العزل ونحوه الذي هو كالمانع من اقتضاء العقد اثره وكذا لو وقع المنع من التصرف لم يحتج الى عقد جديد للشركة بخلاف ما لو فسخه فتأمل جيدا والله العالم ولو شرط التاجيل في الشركة لم يصح على وجه يترتب عليه اثره بحيث يكون لازما وليس لاحدهما فسخها قبله بل لكل منهما ان يرجع بالشركة ان شاء لانها عقد جائز فلا يلزم مثل هذا الشرط فيه نعم في المسالك يترتب على الشرط المذكور عدم جواز تصرفهما بعده الا باذن مستأنف لعدم تناول الاذن له فلشرط الاجل اثر في الجملة قلت كانه اخذ ذلك مما في المختلف قال قال الشيخان الشركة بالتاجيل باطلة والظاهر ان مرادهما ليس البطلان من رأس بل عدم اللزوم ولهذا قال المفيد بعد ذلك ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه اي وقت

عدم صحة شرط الاجل

شاء وقال ابو الصلاح ولا تأثير للتاجيل في عقد الشركة ولكل شريك مفارقة شريكه اي وقت شاء وان كانت مؤجلة والعبارتان رديتان والتحقيق ان للتاجيل اثراً هو منع كل منهما عن التصرف بعده الا باذن مستأنف وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة اذ لكل منهما الفسخ قبل الاجل اتفاقا ولا يخفى عليك ان الامر كما ذكراه في اشتراط الاجل وعقد الشركة الذي هو بمعنى الاذن في التصرف الراجع الى الوكالة اما اذا كان اشتراطه في عقد الشركة على المعنى الذي ذكرناه فلا ريب في بطلانه بمعنى عدم الاثر له اصلا ان اريد به الغاية لتلك الحاصل بالعقد المزبور ولا يجب الوفاء به ان اريد به الالتزام ببقائهما اليه لما عرفت من الاجماع على كونها عقدا جائزا بالنسبة الى فسخها بالقسمة فلا يلزم الشرط المزبور فيها ولعل اجمال كلام الشيخين وابي الصلاح بل والمصنف في ذلك اولى ولا

بيان عدم ضمان الشريك ما في يده لو تلف

بنا فيها ان بطلانه على المعنى الاول يقتضي بطلان الشركة ايضا قلنا هو كذلك ولكن لما كان لا امتزاج على اي وجه وقع بوثوق الشركة ولو في الظاهر لم يكن الحكم ببطلانها وجه الا ما سمعته فتامل جيدا والله العالم وكيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انه لا يضمن الشريك ما تلف من مال الشركة الذي في يده باذن الشريك من غير تعد ولا تفريط لانه امانة وعن المعلوم رغما وفتوى انها لا تضمن الا مع التعدي او التفريط في الاحتفاظ وانه يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف سواء ادعى سببا ظاهرا كالغرق والحرق او خفيا كالسرقة لاطلاق الادلة خلافا لبعض العامة فاوجب البينة في الاول وكذا المعلوم ايضا بلا خلاف ولا اشكال ان القول قوله بيمينه لو ادعى عليه الخيانة او التفريط لكونه منكرا والبينة على المدعي واليمين على من انكر وتبطل الاذن بالجنون والموت والاغماء وغيرهما مما تبطل به العقود الجائزة كالحجر لسفه او فلس وغير ذلك بلا خلاف اصل الشركة فانها لا تبطل بشيء من ذلك نعم ينتقل امر القسمة الى الوارث او الولي او غيرهما كما هو واضح

الفصل الثاني في القسمة

الفصل الثاني في القسمة وهو تمييز الحق لكل شريك من غيره والظاهر انها امر برأسه ليست بيعا ولا صلحا ولا غيرهما سواء كان فيها رد او لم يكن بلا خلاف واحد

جهم

فيه بل ولا اشكال ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد على مفهومها في صحتها كضرورة اختلافها مع البيع والصلح وغيرهما في اللوازم والاحكام المقتضية لاختلاف الملزومات فلا شفعة فيها ولا خيار مجلس ولا بطلان بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه في البيع ولا غير ذلك خلافا للبعض العامة نعم هي لا تصح في غير قسمة الاجبار الا باتفاق الشركاء بلا خلاف ايضا ولا اشكال للاصل بل الاصول ثم هي بالنسبة الى الاجبار عليها مع طلب احد الشركاء وعدمه تنقسم قسمين فكل ما لا ضرر في قسمته على احد الشركاء ولو من جهة الاحتياج الى رد يجبر الممتنع مع التماس شريك او وليه للقسمة بلا خلاف اجده فيه ايضا بل الظاهر الاتفاق عليه ولعل العمدة بعد قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه مع عدم الضرر والاضرار ويكون الاقتسام بتعديل السهام بالاجزاء ان كانت متساوية كيلا او وزنا او ذرعا او عددا بعد الانضاء او بالقيمة ان اختلف

كيفية القرعة

كالارض والحيوان والقرعة بان يكتب اسماء الشركاء والسهام كل في رقعة ويؤمر من لم يطلع على الحال باخراج احدها على اسم احد المتقاسمين او احد السهام هذا ان اتفقت السهام قدرا ولو اختلف قسم على اقل السهام وجعل لها اول بعينه المتقاسمون حذرا من التفريق ثم من خرج اسمه اولا اخذ من الاول واكمل نصيبه منها على الترتيب ثم يخرج الثاني ان كانوا اكثر من اثنين وهكذا وبذلك تتم القسمة من غير حاجة الى شيء آخر من رضى بعده وغيره في قسمة الاجبار وغيرها بل ولا في قسمة الرد ان كان القاسم في الجميع منصوبا من الامام اما اذا كان من غيره ولو منصوبا منهما فالمشهور على ما قيل الاحتياج الى رضى بعد القرعة خصوصا في قسمة الرد لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على ما يدل على الرضا بذلك وقد يشكل اولا بالاكتفاء بالرضا بالقرعة وثانيا بعموم الاكتفاء بها في قسمة الاجبار فيما اذا كان القاسم منصوبا من الامام مع اتفاق الجميع كالمعاوضة التي يدعيها الخصم وثالثا بما دل من النصوص الشرعية على كونها مميزة للحق ومشخصة له وملزمة به بل لعل ذلك هو حكمة مشروعيتها وبذلك يخرج عن اصالة بقاء المال على الاشاعة انما الكلام في اعتبارها في القسمة كما عن

ظاهر كثيرا والجميع نعم عن الاردبيلي الاكتفا بالرضا من كل من الشركاء باخذهم لعموم تسلط الناس على اموالهم ولانه من التجارة عن تراض واكل مال الغير بطيب نفسه ونحو قوله ع في رجلين لم يدر كل منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لك ما عندك ولي ما عندي لا باس اذا تراضيا وطابت انفسهما ثم قال وان لم يكن ملكا فلا كلام في جواز التصرف فيه وتصرف الملاك مثل ما قيل في المعاطاة والعطايا والهدايا والتحف واحتمال كونه حراما لكونه بعقد باطل على المسلمين محل خلاف بل على الملك وتبعه المحدث البحراني بل اطنب في الانكار العثور على القرعة في شيء من اخبار القسمة التي ذكرها هنا وفي كتاب القضاء بل ابن المقام في شيء من موارد خصوص القرعة وانما غاية ما يدل عليه بعض اخبارها كقوله ع ما تنازع قوم ففوضوا امرهم الى الله عز وجل الا خرج سهم المحق الرجوع اليها عند التنازع واما مع التراضي فلا اثر في الاخبار لاعتبارها و كان الشيخ ومن تبعه تبع العامة فيها وفيما ذكروه من احكام القسمة بل ظاهر جملة من نصوص الاكتفاء بالرضا من دون قرعة كخبر غياث عن جعفر ع عن ابيه ع عن علي ع في رجلين بينهما مال بايديهما ومن غايب عنهما اقتسما ما في ايديهما واحال كل واحد منهما نصيبه فاقتضى احدهما فهو بينهما و ما يذهب منهما ومثله خبر الثمالي عن ابي جعفر ع وخبر محمد ابن مسلم عن احدهما وصحيحا معوية بن عمار وعبد الله ابن سنان وخبر سليمان ابن خالد فان ظاهر الاقتسام لما في ايديهما ذلك ثم اطنب في ذلك حتى اساء الادب والظن بالاصحاب وقال انهم اتبعوا في ذكر القرعة وغيرها من احكام القسمة العامة بناء على ما حكاه عن الاصحاب من اعتبار التعديل والقرعة في القسمة وانه لا يكفي التراضي قلت قد يقال بمنع صدق الاقتسام شرعا بعد فرض اعتبارها فيه على المجرد عنها فلا دلالة فيما في النصوص المزبورة على ما ذكره خصوصا بعد تعارف القرعة قديما وحديثا بين المتشرعة في قسمة الاموال المشتركة بل قد يقال ان تعريف بانها تمييز الحقوق بعضها من بعض يقتضي ان حصة الشريك الكلي دائر بين مصادق متعددة مع فرض

تراضي الشريكين مثلا على قسمة المال نصفين على ان يكون نصف كل واحد منهما النصف المقسوم احتيج الى القرعة في تشخيص كل من النصفين لكل منهما فهي ح لاخراج المشتبه وهو محل القرعة لان القرعة نافلة وجزء نافل لا استحقاق كل من المالين الى الآخر بل ان لم يكن اجماع امكن القول بان المراد من اشاعة الشركة دوران حق الشريك بين مصاديقه لان المراد منها ثبوت استحقاق الشريكين في كل جزء يفرض والا لاشكل تحققها في الجزء الذي لا يتجزى من المال المشترك وبذلك يتجه اعتبار القرعة في القسمة بعد تعديل السهام ورضى الشريكين مثلا وتعيين كل مصداقا استحقاقهما بالخارج ضرورة كونه ح من مواردها بل لا يتحقق الاقتسام بدونها لعدم كون المدار فيه رضاهما بان ماله من الحق فيما في يد شريكه عوض ما في يده كي تكون من قبيل المعاوضات والا لم يعتبر فيها تعديل السهام لتسلط الناس على اموالهم مع انه فائدة ليس من القسمة شرعا قطعا ولا اشكل ايضا قسمة الوقف من الطلق والا كانت بعض اجزاء الوقف طلقا والطلق وقفا على ان هذا الرضا بعد فرض عدم اندراجه في عقد من العقود المملكة كيف يكون سببا لنقل المال الى الآخر فضلا عن لزومه وليس في القسمة نحو او الطلاق يقتضي ذلك كي تكون ح امرا مستقلا براسها خلافا على ما ذكرنا فانه غير محتاج الى شيء من ذلك ضرورة الاكتفاء برضاهما في تشخيص المصداق والقرعة لاستخراج خصوص ما لكل منهما من المال المصداقات واقعا فتكشف ح عن كونه حقه في الواقع ذلك ولا احتياج بعد الى عموم او عقد آخر يقتضي الملك او اللزوم فتدبر جيدا فانه دقيق نافع ومع الاغضاء عن ذلك كله يمكن الاكتفاء بظهور اتفاق الاصحاب على اعتبار القرعة في القسمة شرعا مؤيدا بتعارف ذلك بين عوام المتشرعة فضلا عن خواصهم بل قد عرفت اعتبار الرضا بعد القرعة من بعضهم في الجملة ولا اقل من ان تكون القرعة كالعقد في اللزوم وفائدة وفاقد ها كالمعاطاة نحو ما سمعته من الاردبيلي واما احتمال عدم اعتبارها اصلا وان التراضي كاف في الانتقال واللزوم فلا ينبغي الاصغاء اليه بوجه من الوجوه هذا كله بناء على ما حكاه عنهم والا فقد يقال ان مراد الا

ذكر

الاصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضي لانها العدل بينهما اما مع فرض
التراضي منهما فلا باس كما يؤمى اليه قوله ثم اما لو اراد احد الشركاء التخيير
فالقسمة جائزة فلكن لا يجبر الممتنع عنها ضرورة صراحة ذلك في مشروعية
القسمة بدونها لان الفرق بينها وبين الاولى جبر الممتنع عنها وبها واصرح
منه ما في اللمعة في القسمة في القضاء واذا عدلت السهام واتفقا على اختصاص
كل واحد بسهم لزم والا اقرع وفي الروضة في شرحها لزم من غير قرعة لصدق
القسمة مع التراضي الموجبة لتميز الحق ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها والا
يتفقا على الاختصاص اقرع وهو صريح في عدم اعتبارها في اصل القسمة
الا حال عدم التراضي والمحدث البحراني قد صرح باعتبار القرعة وعدمها
مع التراضي وهو غير ما سمعته منهم فادريب ابن محل انكارهم نعم قد
يناقش في اصل الاكتفاء بالوفاق اللزوم بما ذكرناه اولا وتمام البحث
في ذلك وغيره في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى بقي الكلام في الجبر على القسمة و
عدمه وحاصل البحث فيه انك قد عرفت جبر الممتنع عنها في كل مال لا ضرر
فيها على احدهما لما سمعت وكل ما في قسمته ضرر عليهما كالجوهر والسيف
والعضائد الضيقة قال في الصحاح اعضاد كل شيء ما يشتد حواليه من
البناء وغيره كاعضاد الحوض وهي حجارة تنصب حول شفيره وكذلك
عضادتا الباب وهما خشبتاه من جانبيه وعلى كل حال فما كان نحو ذلك
لا يجوز قسمتها بمعنى انه لا يجبر الممتنع عنها لقاعدة نفي الضرر والضرار
والنهي عن السرف والتبذير وتلف المال في غير الغرض الصحيح لكن في المتن
هنا لا يجوز وان اتفق الشركاء على القسمة ومقتضاه عدم المشروعية اصلا
وفيه انه مناف لقاعدة تسلط الناس على اموالها والسفه قد يرتفع
بالغرض الصحيح على انه هو في كتاب القضاء فسر الضرر المانع من القسمة
بنقص القيمة لا خروج المال عن الانتفاع ولا ريب في عدم منع المالك عن
التصرف فيه وان استلزم نقصا فاحشا في المال وايضا فالاثم بذلك لا ينافي
صحة القسمة شرعا كل ذلك مع انه مناف لما قيل من وجوب الاجابة فيما

عدم جواز القسمة في اشياء

لو فرض ضرر القسمة على احدهما خاصة وكان الطالب لها المتضرر
قال في الدروس ولو تضرر احد الشريكين دون الآخر اجبر غير المتضرر
بطلب الآخر دون العكس لكن قال في ط لا يجبر احدهما بتضرر الطالب وهذا
حسن ان فسر التضرر بعدم الانتفاع وان فسر بنقص القيمة فالاول حسن وكان لحظ امكان ٢ القيمة م
فرض الغرض الرافع للسفه على تقدير التفسير بالنقص بخلافه على الآخر
ثم ان الظاهر ما صرح به في الدروس واللمعة والروضة من عدم وجوب
الاجابة الى المهاياة اي قسمة المنفعة بالاجزاء او بالزمان بل في الاخير
سواء كان مما يصح قسمته اجبارا ام لا وانه لا يلزم الوفاء بها لو اجاب
اليها فيجوز لكل منهما فسخها وح فلو استوفى احدهما ففسخ الآخر او هو كان
عليه اجرة حصة الشريك لكن قد يقال فيما اذا كانت قسمته ممتنعة انه
ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما ان كان له اجرة جمعا بين
الحقين وصونا للمال عن التلف وجبرا للضرر كما صرح به في الدروس و
على كل حال فقد ذكروا في الضرر المانع من الاجبار على القسمة اقوالا ثلثة
اولها انه عبارة عن نقصان العين او القيمة نقصانا لا يتسامح فيه عادة
لان فوات المالية مناط الضرر في الاموال فيندرج ح في قاعدة الضرر
والاضرار مؤيدة باصالة عدم القسمة الشرعية السالمة عن معارضة اطلاق
او عموم يقتضيها وبذلك وغيره ترجح على قاعدة وجوب ايصال الحق الى مستحقه
الطالب له ثانيها انه عبارة عن عدم الانتفاع بالمال اصلا ثالثها عدم الانتفاع
به منفردا كما كان ينتفع به مع الشركة مثل ان يكون بينهما دار صغيرة اذا
قسمت اصاب كل واحد منهما موضعا ضيقا لا ينتفع به في السكنى وان امكن
الانتفاع به في غير ذلك ولا يخفى عليك ما في الثاني والثالث ضرورة
اقتضاء قاعدة نفي الضرر والضرار الاعم من اولهما وقاعدة وجوب ايصال
الحق الى مستحقه الطالب له ما ينافي ثانيها فتعين ح تفسيره بالاول ولو
فرض الضرر على احدهما بالقسمة والآخر بعدمها فيرجع الى الترجيح ومع
فرض التساوي الى القرعة هذا كله في الضرر الناشئ من القسمة من حيث

كونها كذلك اما الضرر الخارج عنها المترتب على حصولها ففي مساواته للضرر منها وعدمه وجهان والمتولي للجبر في مقامه الحاكم وامينه بل الظاهر قيام العدول هنا مقامه مع تعذره ولو تعذر الجبر قسم الحاكم بل العدل ذلك كل بمجرد امتناعه كما ذكرناه في نظائره بل الاظهر قيام الحاكم مقامه مع غيبته وطلب الشريك القسمة خصوصا مع تضرره بعدمها بل ربما احتمل او قيل بقيام الشريك مقام شريكه فيها مع فرض منع ظالم له او ارادة قبض حقه فينوي الشريك ح القسمة مع الغاصب وتكون قسمة لكنه كما ترى وقد تقدم لنا سابقا البحث في ذلك وكيف كان فلا يقسم الوقف وان كان مشتركا بين اربابه بلا خلاف اجده فيه لان الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين ولا ولاية للمتولي على ذلك نعم لو كان الملك لواحد وقفا وطلقا صح قسمته لانه تمييز للوقف من غيره وظاهره عدم الفرق في ذلك بين تعدد الواقف واتحاده وتعدد المصرف واتحاده كما صرح في الدروس قال ويجوز قسمة الوقف من الطلق لا الوقف وان تعدد الواقف والمصرف لكن في الحدائق الموافقة على ذلك مع اتحاد الموقوف عليه سواء تعدد الواقف او اتحد قال واما لو تعدد الواقف والموقوف عليه بان كانت مشتركة بين زيد وعمرو نصفين مثلا فوقف زيد نصفه على ذريته وعمرو نصفه على ذريته فانه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف بان يميز احد النصفين عن الآخر كما يميز الوقف عن الطلق وفيه ان المانع لم يتحقق وهو عدم انحصار الحق في الحاضرين وعدم ثبوت ولاية للمتولي على المعدوم من بالنسبة الى ذلك لكن الانصاف ان ذلك يقتضي عدم جواز قسمة الوقف من الطلق باعتبار عدم انحصار الحق في المتقاسمين مع ذي الطلق واحتمال ان القاسم معه الواقف مع ان مثله ياتي في الغرض يدفعه خروج المال عن ملكه بالوقف فلا حق له ح كالواهب فالتحقيق ان الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلة وكثرة ونحو ذلك لم يجز قسمته اما اذا لم يكن كذلك كما في المثال بل وفيما الواحد

الواقف

فيه ذكر عدم جواز قسمة الوقف

الواقف وتعدد المصرف مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلا وذريته والآخر على عمرو وذريته لم يكن باس في قسمته الآن المتولي لها الحاضرون من الموقوف عليهم دون البطون وليس ذلك مقتضيا لدخول بعض اجزاء كل نصف في الآخر اذ لا تقتضي ذلك في الطلق والوقف انما هي تمييز او ان نحو ذلك يغتفر فيها وبذلك يظهر ما في الذي حكيناه عن الشهيد في الدروس واما اطلاق في المتن وغيره فيمكن تنزيله على غير ما سمعته من الصور ثم ان الظاهر مشروعية قسمة الوقف من الطلق وان استلزمت رد من الموقوف لكن هل تكون الاجزاء المقابلة للرد وقفا او ملكا وجهان اقواهما الثاني نعم لو كان الرد عوض وصف كالجودة والردائة اتجه كونه ح وقفا والله اعلم وياتي اتمام الكلام في غير ذلك من احكام القسمة فان المتن وغيره قد اطنبوا فيها في كتاب القضاء والله المؤيد المسدد

الفصل الثالث في لواحق هذا الباب وفيه مسائل

الاولى لو دفع انسان دابة مثلا وآخر راوية الى سقاء على الاشتراك الحاصل لم تنعقد الشركة قطعا لانها مركبة شركة الابدان والاموال مع عدم المزج والكل باطل وفي محكي المبسوط ولا يمكن ان يكون اجارة لان الاجرة فيها غير معلومة فكان ما يحصل للسقاء عليه مثل اجرة الدابة والراوية وقيل انهم يقتسمون اثلاثا ويكون لكل واحد منهم على صاحبه ثلثا اجرة ماله ويسقط الثلث لان ثلث النفع حصل له والوجهان قريبان ويكون الاول على وجه الصلح والثاني من الحكم بل عن ابن ادريس ان ما قربه الشيخ قريب قلت تحقيق هذه المسألة ومسألة الاحتطاب الآتية وما شابههما من المسائل مبني على التحقيق في ان الوكالة في حيازة المباحات جائزة او لا والظاهر الاول خلافا لما تسمعه من المتن في كتاب الوكالة ومن ان التملك بالحيازة مفتقر الى نية الملك بها او الى عدم نية عدم التملك او كونه للغير كما تسمع البحث فيه ان شاء الله وح فصاحب الدابة والراوية ان كانا قد وكلا السقاء في الحيازة لهما وقد امراه بذلك وقد حازه

الفصل الثالث في اللواحق وفيه مسائل الاولى

بقية الاشتراك بالمواونة والدابة مع السقاء

بينهما مع نفسه اتجه ح شركة الجميع بالماء وكان لكل منهم ثلث الاجرة
على الاخيرين فان تساوت لم يرجع احدهم على الآخر بشيء والا رجع بالتفاوت
وان لم يكن ثم توكيل وقد حازه بنية الجميع ولم نقل بان الفضولية في
نحوه اولم تحصل الاجازة اشكل ملكه لدا ئم بناء على اعتبار نية الملك
في الحيازة ضرورة كون الغرض نية الملك للغير معه فضلا عن نية
التملك بل ح بقاؤه على الاباحة الاصلية يملكه اذا جدد النية للملك نعم
لو قلنا بالملك لها فهو احق مع نية الملك للغير التي فرضناها اتجه ح
كونه ملكا ومن ذلك يظهر لك ما في اطلاق ما تقدم الذي تبعه عليه الفاضل
في القواعد خصوصا مع تردده الآن ولذا ناقشه الكركي بنحو ذلك
بل منه يظهر لك الحال فيما ذكره المص ولو دفع اليه دابة مثلا ليحمل عليه
مال غيره مثلا بالاجرة والحاصل لهما فالشركة باطلة قطعا لما عرفت
لكن ان كان العامل قد آجر الدابة فالاجر لمالكها وعليه اجرة مثل العامل
فان كان الحاصل يفي باجرة مثل الدابة والعامل فذاك وان قصر تحاصا
كل على قدر اجرة مثله سواء كان ذلك بسؤال العامل او سؤال المالك
او سؤالهما في القواعد تحاصا ان كان بسؤال العامل والا فالجميع
للعامل وعن التمهيد احتمال وجوب اقل الامرين من الحصة المشروطة و
والحاصلة بالتحاص ووجوب الاقل ان كان بسؤال العامل والاكثر
ان كان بسؤال المالك لكن لا يخفى عليك قوة ما ذكرناه اولا
لان الغرض حصول الرضا منهما بذلك سواء كان بسؤال العامل او المالك
او سؤالهما معا نعم قد يشكل الحكم بان الاجرة لمالك الدابة مع انه لم يصدر
منه الا الاذن بتلك المعاملة الفاسدة فينبغي ح ان تكون اجارتها
من الفضولي اللهم الا ان يقال بالاكتفاء بهذه الاذن كما سمع نظيره في
القراض هذا كله اذا آجر عين الدابة اما اذا تقبل حمل شيء في ذمته
ثم استعمل الدابة في حمله فالاجرة المسماة ح له وعليه اجرة المثل للدابة
بالغة ما بلغت كما في القواعد وجامع المقاصد فتأمل وتدبر بعض

الكلام السابق او جميعه هنا والله العالم ولو كان من واحد دكان ومن آخر
رحى ومن ثالث بغل ومن رابع عمل على ان يكون الحاصل بينهم فلا ريب في
بطلان الشركة ثم ان كان عقد اجرة طحن الطعام من واحد ولم يذكر اصحابه
حتى في النية ففي القواعد والجامع الاجر المسمى له وعليه اجرة المثل لاصحابه
وان نواهم وقصدهم على وجه الشركة بطحنه ارباعا فالاجر بينهم ارباعا ويرجع
كل واحد منهم على كل واحد من اصحابه بربع اجر مثله اذ هو كما لو استاجر
الجميع على طحن هذا الطعام بكذا فان الاجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم
لزمه طحن ربعه بربع الاجرة ويرجع كل واحد منهم على كل واحد بربع اجرة
مثل العمل الصادر منه او من دابته او منفعة دكانه نعم لو استاجر له كان
والبغل والرحى والرجل بكذا الطحن كذا فالاجر بينهم على قدر اجر مثلهم لكل
واحد من المسمى بقدر حصته نحو ما لو باع المالكين مثلا لرجلين بثمن واحد
لكن لا يخفى عليك جريان ما ذكرناه سابقا من الفضولية بل وجريان بعض
الكلام السابق من التحاص في المسمى ونحوه الا ان تفصيل الكلام في ذلك
محتاج الى اطناب تام لا يسعه المقام وان كان هو لا يخفى على الضابط للقواعد
المتفقه لعامة المحيط بما اسلفنا وما يأتي لنا والله الموفق والمعين بل منه يظهر
لك الحال فيما ذكره المص في المسألة الثانية وهي ما لو حاش صيدا او احتطب او

المسألة الثانية

احتش بنية انه له ولغيره لم تؤثر تلك النية وكان ما جمعه له خاصة ضرورة
انك قد عرفت اعتبار عدم التوكيل بل والاجازة وعدم تأثير النية والا كان
تأثيرها الملك للغير فيمكن ان يكون المص بنى ذلك على اختياره عدم قبول
مثل ذلك الوكالة نعم جزمه بان ملكه لما جمعه مبني على ما سمعت ومن غريب
ذلك منه مع قوله متصلا به وهل يفتقر المحيز في ملك المباح الى نية التملك
قيل لا وفيه تردد ونحوه وقع للفاضل ضرورة عدم اللهم الا ان يقال المعتبر
في الحيازة من النية على القول بها نية اصل الملك بمعنى عدم كون الحيازة
لغرض آخر غير اصل الملك ولا ريب في ان نية اصل الملك محققة فيما نحن
فيه وانما فقد كونه باعتبار فرض كون المقصد له ولغيره فلا ينافي ح

الجزم بالملك المتردد في اعتبار النية ضرورة كون المحوز على التقديرين
اما على الاول فلانها يكونها من السبب القهري حتى مع النية للغير فواضح
واما على الثاني فالنية لا اصل الملك محققة وان لم يقع للغير لعدم التوكيل
والاجازة وكيف كان فقد قيل في وجه المتردد من ان اليد والسلطنة
سبب في الملك ولهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد من دون توقف على امر آخر
ولان الحيازة سبب لحصول الملك للمباح في الجملة قطعًا بالاتفاق لان اقصى
ما يقول المشترط للنية انها سبب ناقص لحصول الملك بها في الجملة امر محقق
واشتراط النية لا دليل عليه فينفى بالاصل ومعارضة ذلك باصالة عدم
حصول تملك المباح الا بالنية تقتضي تساقطهما فتبقى سببية اليد من غير
معارض ومن انه قد تكرر في فتوى الاصحاب ان ما يوجد في جوف السمكة مما
يكون في البحر يملكه المشتري ولا يجب دفعه الى البائع واید الاول في الجامع
بانه لو اعتبرت في حصول التملك لم يصح البيع قبلها لانتفاء الملك والثاني
معلوم البطلان لاطباق الناس على فعله في كل عصر من غير توقف على العلم بحصول
النية حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما هو بيع او استنقاذ لعدم
نية الملك لا يلتفت الى قول من يدعي الاستنقاذ ثم حكى عن فخر المحققين انه اورد
ذلك على والده العلامة فاجاب عنه بان ارادة البيع تستلزم نية التملك و
اعترضه بانه انما يتم فيمن تولى هو البيع اما اذا تولاه وارثه الذي لا يعلم بالحال
او وكيله المفوض اليه جميع اموره التي منها بيع ما حازه من المباحات لم يندفع
السؤال قال ويرد عليه ايضًا ان حيازة الصبي والمجنون على ما ذكره يجب ان تثمر
ملكا جزمًا لعدم النية وعدم الاعتداد باخبارهما خصوصًا المجنون ولو خلف
ميت تركة فيها ما علم سبق كونه مباح الاصل ولم يعلم نية الملك التملك لا يجب
على الوارث تسليمها في الدين والوصية والاصح عدم اشتراطها قلت لا يخفى عليك
ما في جميع هذا الكلام ضرورة ان الوجه الاول من التردد وان اريد به كون السلطنة
واليد فيما نحن فيه سبب في الملك كان مصادرة محضة وان اريد به ان ذلك
سبب في الحكم بالملك كما هو مقتضى ما ذكره من التعليل كان خروجًا عما نحن فيه

تحقيق افتقار حيز المباح الى نية التملك

وذلك

وذلك لان الحكم بملكية ما في اليد لسبب من اسبابها لا يقتضي كونها هي نفسها
سببًا وهو محل البحث وتعارض الاصلين بعد تسليم كون الاول منهما اصلًا معتدًا
به وان اقتضى تساقطهما لكن دعوى بقاء سببية اليد حالهما لا معارض لها
واضحة الفساد لعدم دليل يقتضي ذلك على وجه يجدي فيما نحن فيه واما
الوجه الثاني فيمكن المناقشة فيه اولًا بمنع ان ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءًا
لها ولا كالجزء مثل نحو ذلك انها يعد محوزًا عيانًا تبعًا ولو سلم فاقصى ما يلزم اشتراطه
اما القصد للمحوز بالحيازة او الشعور ولو تبعًا اما نية التملك فلا واما التأييد
ففيه ان اطباق الناس الذي ذكره انما يفيد الحكم بملكية ما في اليد لحصول سببه له
لا انه يقتضي كونها سببًا في الملك وان علمنا تجرده عن النية ومنه يعلم ما في
مناقشته بالو خلف ميت تركة الخ بل وبما ذكره من الصبي والمجنون باعتبار امكان
الحكم بملكية ما في يديهما ايضًا من غير حاجة الى اخبارهما والمراد بنية التملك
عند القائل بها هي القصد بالحيازة دخول المحوز تحت اليد والسلطنة العرفية
فيتبعها الملك الشرعي بل قد يقال ان المباحات هي ملك لكافة الناس لقوله تعالى
خلق لكم ما في الارض والحائز بحيازته يستوفي الخصوصية نحو ملك شخص
الفقير لشخص من زكوة المملوكة جنسًا لجنس الفقراء نحو فالمراد بفاقد النية غير
القاصد بالحيازة للادخال تحت الحوزة والسلطنة كمن حول ترابًا عن طريق
او حجرًا او نحو ذلك مريد التمكن من عبوره او قطع غصن شجرة مباحة عن مكان
يريد السكنى فيه ونحو ذلك مما لا يريد ادخاله تحت حوزته فانه بذلك لا يدخل
في ملكه ولا يمنع من اخذه ولا يخرج عن اصل الاباحة وكذا من حفر بئرًا في المباح
لمجرد الارتفاق كما عن الشيخ التصريح عنه باعتبار النية قال في باب احياء الموات
من ط اذا نزل قوم موضعًا من الموات فحفروا فيه بئرًا ليشربوا منها ويسقوا
غنمهم ومواشيهم منها مدة مقامهم ولم يقصدوا الملك بالاحياء فانهم
لا يملكونها بالاحياء لان المحيي انما يملك بالاحياء اذا قصد تملكه وهو كالصريح
فيما ذكرناه من نية التملك بل يمكن من ذلك ان يكون النزاع لفظيًا فان القائل
بعدم اعتبارها انما يريد الاكتفاء بقصد الحيازة وادخال المحوز تحت الحوزة

والسلطنة العرفية لانه يقول بالملك قهراً كالارث وان لم يقصد بالحيازة ذلك ضرورة عدم
كون ذلك حيازة عند التحقيق وبالتامل فيما ذكرناه يظهر لك ما في كلام جملة من الاعيان منهم
الكركي وغيره بل لو قلنا بعدم لفظية النزاع كان وجه التردد في التمن وغيره دعوى ظهور قوله
من احيا ارضاً ميتة فهي له الذي هو كالقول بان من حاز شيئاً فهو له في تملكه قهراً وانه من باب
نذو تعتبر النية ومن كون المراد بذلك القصد بالاحياء والحيازة الى دخول المحوز تحت الحوزة
والسلطنة بل لا يعد غيره حيازة فاعتبرت النية بهذا المعنى ولعل الاقوى ذلك كما ان الاقوى
عدم اعتبارها ان اريد بها انشاء قصد التملك الذي يحكى دعوى السيرة بل الضرورة على خلافه
وربما ياتي لذلك مزيد تحقيق في محله ان شاء الله فان البحث عن ذلك انما ذكر استطراداً والله العالم

المسئلة الثالثة

المؤيد المسئلة الثالثة لو كان بينهما مال بالسوية فاذن احدهما خاصة لصاحبه في التكسب
بالمال المشترك على ان الربح بينهما نصفين لم يكن قراضاً لانه لا شركة للعامل في مكسب مال
الآخر وهو حقيقة القراض اذ المفروض كون المال بينهما نصفين فنصف الربح الذي
يستحقه انما هو لكونه شريكاً في المال ولا شيء من ربح زائد على ذلك في مال الآخر كي يكون
قراضاً ولا شركة اصطلاحية وان حصل الامتزاج في المال لعدم كون كل منهما بل لا
يكون المال في يد العامل الا بضاعة وذلك لان حصة الشريك مال مبعوث للتجارة في يد
الوكيل قال في الصحاح البضاعة طائفة من المال تبعثها للتجارة تقول ابضعته و
استبضعته اي جعلته بضاعة وفي المثل كمستبضع تمراً الى هجر ونحو ذلك عن غيره
لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل مجاناً في الشركة وقد عرفت البحث فيه سابقاً كما
انك عرفت الحال فيما لو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المال والله العالم المسئلة

المسئلة الرابعة

الرابعة اذا اشترى احد الشريكين فادعى الشريك انه اشتراه لهما فانكر فلا اشكال
لا خلاف في ان القول قوله مع يمينه لانه ابصر بنيته وكذا لو ادعى انه اشتراه لهما
فانكر الشريك بان كان القول ايضاً قوله بيمينه لما قلناه من كونه ابصر بنيته بعد فرض
كونه امينا بل لو ادعى عليه التفريط في العقد بكون الشركة الشراء للشركة مثلاً امكن
تقديم قوله لان الاختلاف في فعله ولان ظاهر يده يقتضي الملك نعم لو قال كان
مال الشركة وخاص لي بالقسمة كان القول قول الآخر في انكار القسمة بيمينه
كما هو واضح المسئلة الخامسة لو باع احد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في بيع

المشترى

المسئلة الخامسة

القبض

بيان برائة المشتري من حق البايع لو صدقه الشريك

والقبض للثمن عن صاحبه فادعى المشتري تسليم الثمن اجمع الى البائع الذي هو وكيل
وصدقه الشريك الموكل برئ المشتري من حقه قطعاً لاعترافه بالوصول الى وكيله
في القبض وهو الشريك البائع بل لو وقعت الدعوى بين المشتري والبائع قبلت شهادته
اي الشريك المصدق اذا كان عدلاً على القابض في النصف الآخر الراجع اليه وهو
حصة البائع لارتفاع التهمة بجر النفع اليه عنه في ذلك القدر لكن ان كانت شهادته
الى اداها بوصول حقه اليه اما اذا كانت بوصول الجميع الثمن اليه فالفرض عدم
قبولها بما يرجع اليه لكونه مدعياً عرفاً ولجر النفع اليه في ذلك امكن عدم قبولها
ايضاً في حق البائع بناء على ان الشهادة متى ردت في البعض ردت في غيره وان كان لنا فيه
نظر بل ما هو كالداخل في قواعد القبول بل العلة ظاهر المتن هنا ايضاً لولا قوله فيما
ياتي والمنع في المسئلتين اشبه نعم لو تقدمت خصومة الشريك مع شريكه البائع على
الخصومة بينه وبين المشتري امكن ح رد شهادته للخصومة ح بناء على قدحها في
الشهادة وبهذا يظهر لك ان هنا خصومتين احدهما بين البائع والمشتري والثانية
بين الشريكين فان تقدمت الاولى وطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن فادعى
الاداء اقام البينة ولو كان احد اجزائها الشريك المقر على الوجه الذي عرفت
برئ من الحقين بالاقرار والبينة وان لم تكن له بينة حلف البائع ان لم يقبض
فيستحق اخذ نصيبه ولا يشاركه فيه الآذن لان اقراره بقبض البائع اولاً يقتضي
ان يكون ما قبضه ثانياً بيمينه ظلماً فان نكل عن اليمين ردت على المشتري فاذا
حلف انه اقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة فان نكل لزمه نصيب البائع فقط
لاصالة بقاء الثمن في ذمته كما هو واضح ثم ان كان المشتري قد اقام البينة باقباض
البائع جميع الثمن كان للآذن المطالبة بحصته قطعاً اما اذا كان ذلك بشاهد
ويمين او باليمين المردودة فلا وان قلنا انها كالبينة لانها كذلك في حق المتخاصمين
فيما تخاصما فيه لا مطلقاً نعم للشريك ح احلاف البائع على عدم قبض حصته فان نكل حلف
الآذن المردودة واخذ منه وليس للبائع الرجوع بذلك على المشتري ولا مخاصمته
لانه يزعم ظالمه وربما نوقش بان ذلك لا يرفع احتمال الدعوى بعد ان كان وكيلاً
عن الشريك في القبض وقد اغرم للموكل حصته ويد فعهما ان اعتراف الشريك

بقبض البايع يقتضى انعزاله بفعل متعلق الوكالة بل يقتضى سقوط حق الدعوى له على المشترى وفى جامع المقاصد انه يمكن ان ينظر بوجه آخر وهو ان البايع قد ادعى عن المشترى بامر الحاكم فله الرجوع ويجاب بان ذلك انما هو مع تحقق الدين وهنا قد برئ المشترى منه باقرار الاذن ويمكن ان يقال ان اقراره انما ينفذ فى حقه لا فى حق البايع ونحن لا نلزم المشترى بالدين جزما ليكون ذلك متوقفا على ثبوته وانما نجوز له المخاصمة والطلب على تقدير الثبوت وفيه ما لا يخفى من عدم الحق للبايع بعد اعتراف صاحب الحق انه لا حق للبايع على المشترى فكيف يتصور المطالبة بحق يعترف صاحبه بسقوطه نعم قد يقال ان له المقاصة مع امكانها من غير فرق بين هذا الحق وغيره فتم جيدا ثم اعلم ان نكول البايع فى خصومة المشترى لا يمنع من حلفه فى خصومة الشريك لانها خصومة اخرى وبالعكس وقد عرفت اليمين المردودة كالاقرار او كالبينة فى حق المتخاصمين لا مطلقا ولو تقدمت خصومة البايع مع المشترى اما اذا تقدمت خصومته مع الشريك فالحكم كما عرفت غير ان شهادة الشريك ح على البايع فى الخصومة مع المشترى يشكل قبولها بما عرفت واما المشترى فعلى كل حال لا تقبل شهادته ولعل المتن لم يتعرض للفرق بين الصورتين بنظر الى عدم وجود كثير فرق او الى عدم قبولها على التقديرين لما عرفت هذا كله فيما لو ادعى المشترى التسليم الى البايع اما لو ادعى تسليمه الى الشريك الاذن فصدقه البايع وكان قد اذن له فى ذلك فالحكم كما عرفت نعم اذا لم يكن مأذونا من البايع لم يبرء المشترى من شىء من الثمن لان حصة البايع لم تسلم اليه ولا الى وكيله وكذا عن ان الشريك ينكر فالقول قوله مع يمينه فاذا حلف ادعى المشترى جميع الثمن ولكن قيل تقبل شهادة البايع هنا على القبض فى وصول حقه اليه كما قبلت شهادة الشريك عليه فى المسألة السابقة لعدم التهمة باعتبار بقاء حقه عند المشترى وفيه ان التهمة هنا باعتبار ارادة استقلاله بما ياخذه من المشترى ان الشريك له مشاركته فيما ياخذه منه لكون الثمن مشتركا بينهما ومن هنا قال المصنف المنع فى المسألتين اشبه باصول المذهب وقواعده وان كنت قد عرفت تفصيل المسألة نعم لو فرض اندفاعها هنا من هذه الجهة باذن البايع

القول بقبول شهادة البايع

دعو

٩٥

دعوة اغنة القبول ومما ذكرنا لك سابقا يظهر لك الوجه لعنا فى الخصومتين بل الظاهر توجه اليمين هنا على الشريك مرتين احدهما للمشترى بانه لم يقبض منه شيئا والثانية اذا اراد الشريك مع البايع فيما اخذه من المشترى لانه يدعى عليه وصول حقه اليه ولا يسقط هذا اليمين عنه باليمين فى خصومته مع المشترى التى هى خصومة اخرى و لا يرجع البايع على المشترى بما اخذه منه الشريك لاعترافه بكونه ظالما له فيه كما هو واضح المسألة السادسة لو باع اثنان عبدين كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقة بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما قيل صح البيع ويكون الثمن مشتركا بينهما على نسبة قيمة ما لهما للاصل السالم عن معارضة الجهالة بالثمن لعدم الدليل على اعتبار العلم ازيد من ذلك وهو العلم بمجموع الثمن وقد حصل اما حال الاجزاء فلا فيكفى مقابلة جميع الثمن لجميع المبيع واستواء نسبة الملاك الى الابعاض وكذا لو آجرا انفسهما صفقة باجرة معينة وقيل يبطل لان الصفقة تجرى مجرى عقدين فيكون ثمن كل واحد مجهولا لكن فيه ما عرفت كما اوضحناه فى كتاب البيع اما لو كان العبدان لهما على الشركة او كانا لواحد جاز بلا خلاف ولا اشكال بل وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة مثلا متساوية القيمة على انفراده فباعاهما صفقة لانقسام الثمن عليهما بالسوية فلا جهالة ح كما هو واضح المسألة السابعة قد بينا ان شركة الابدان باطلة فلو وقعت واجرا انفسهما مثلا بعنوان الشركة فان تميزت اجرة عمل احدهما عن صاحبه بالتسمية اختص بها ولا يشاركه الآخر فيها لما عرفت من بطلان عقد الشركة وان اشتبهت كان لم يسم لاحدهما اجرة مخصوصة قسم حاصلها على قدر اجرة مثل عملهما واعطى كل واحد ما قابل اجرة عمله نحو ما سمعته فى بيع المالين المتفاوتين بالقيمة بثمن واحد كما هو واضح لكن فى المسالك فى المسألة وجهان آخران ذكرهما العلامة احدهما التساوى فى الحاصل من غير نظر الى العمل لاصالة عدم زيادة احد العملين على الآخر وان الاصل مع الاشتراك التساوى ولصدق العمل على كل واحد منهما والاصل عدم زيادة احد العملين على الآخر ولان الاصل تابع للعمل وضعفه يمنع كون الاصل فى المال والعمل التساوى والثانى الرجوع الى الصلح لان به تعين البراءة كما فى كل مال مشتبه ولا شبهة فى اندراج

المسألة السادسة

المسألة السابعة

مع انتفائهما عليه والا فما اختاره المص اعدل من التسوية قلت لا يخفى عليك ان
مفروض المسألة في المتن لا ياتي فيه الوجوه الثلثة بل ليس فيها الا الوجه الذي ذكره
المص وذلك لان صريح العبارة او كصريحها لكون العمل من كل منهما معلوما الا
انه لم يكن باجرة مسماة وانما سميت الاجرة لمجموع العملين بعنوان شركة الابدان
من الاجيرين وهذا ليس فيها بعد فرض صحة الاجارة الا التوزيع على اجرة
مثل عمليهما كتوزيع المالين المفردين لشخصين الذي تقدم الكلام فيه سابقا
قد ذكرها العلامة سابقا على هذه المسألة فقال ولو باعا شيئين واحدا وعملا
باجرة واحدة ثبتت الشركة سواء تساوت القيمتان او اختلفتا ولكل منهما بقدر
النسبة من القيمة ومفروض العلامة في عدم ليس فيه الا وجهين التساوي والاجرة
والاصح الصلح وهو ما اذا لم يتميز عمل كل منهما قال واذا تميز عمل الصانع عن
صاحبه اختص باجرته ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح ومراده انه
مع تميز العمل يختص بالاجرة ولو بما يخصه من التوزيع اما مع الاشتباه العمل
ففيه الاحتمالان وكان وجه الاول منهما اجتماع الاجرتين معا وذلك الحاصل
لانه الفرض والاصل عدم زيادة احدهما على الاخر ولان الاصل مع الاشتراك
التساوي ولكن فيه ان الاصل المذكور ثم فان زيادة مال شخص على آخر
ونقصانه او مساواته ليس اصلا اذ لا رجحان لاحدهما على الآخر لا بحسب
نفس الامر وهذا انما يتحقق في مثل ما اذا اشتركا في السبب المملك كالوقف لهما بملكية
شيء او اوصى لهما او وقف عليهما فان السبب المملك لهما هو الاقرار والوصية
والوقف والاصل عدمها بخلاف ما نحن فيه فان العمل الصادر من احدهما
غير الصادر من الآخر واستوائهما وتفاوتهما على حد سواء بالنسبة الى النفي
بالاصل فليس حينئذ الا الصلح كما في كل ما الى مترجا وجهل قدر كل منهما بل
لعل ذلك كذلك حتى لو تميز عمل احدهما وجهل الاخر وتميز بعضهما كل منهما
وجهل الباقي وبالجملة متى جهلت النسبة بين العملين انحصر اللهم الا ان يقال
ان التساوي هو الراجح منها فيكون كالاصل لان فضله كالامر العدمي لكن
لنا فيه نظر ذكرناه في محله وعلى كل حال فهو غير موضوع ما ذكره

فيه تحقيق وتتمة تتنبه

من العمل المتميز والله العالم المسألة الثامنة اذا باع الشريكان مثلا سلعة بينهما صفقة
ثم استوفى احدهما منه شيئا ولو بنية انه له شاركه الاخر فيه كما في كل دين
مشترك بين اثنين فصاعدا وذلك لان كل جزء جزء منه مشاع بينهما فان
ما في الذمة انما يخالف الشخصي الخارجي في الكلية والجزئية اما الاشاعة فهما
على حد سواء فيها ففي المرسل عن ابي حمزة قال سئل ابو جعفر ع عن رجلين
بينهما مال منه بايديهما ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي بايديهما واحال
كل منهما نصيبه من الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الاخر قال ما اقتضى
احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله ومثله خبر غياث عن جعفر عن ابيه
عن علي ع الا انه قال ما اقتضى احدهما فهو بينهما وما يذهب بينهما وكذا
خبر محمد ابن مسلم عن احدهما ع ومعوية ابن عمار وخبر عبد الله ابن سنان
عن ابي عبد الله انه سئله عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما
العين والدين فتوى ٣ الذي كان لاحدهما من الدين او بعضه وخرج الذي للاخر
ايرده على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله وهذه النصوص بل والمتن لكن و
ما شابهه مشتملة على الجزم بالشركة وما ذاك الا لحصول الاذن من الشريك
بالقبض ولو لوقوع القسمة الفاسدة ونحوها وح يتجه الجزم بشركة المقبوض
انما الكلام فيما اذا قبض احد الشريكين حصته لنفسه من دون اذن شريكه
وقد ذكر غير واحد من الاصحاب نسبة المشهورات للشريك مشاركة الاخر
فيما قبض له وله مطالبة الغريم بمقدار حصته فيكون قدر الحصة في يد
القابض كقبض الفضولي ان اجازه ملكه بعض وتبعه النماء وان رده ملكه تلفا
ويكون مضمونا عليه على التقديرين والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد
الشرعية وذلك لانه وان اتجهت الشركة مع اجازة القبض لهما بناء على تاثير
مثل هذه في مثله لكن انتصاص القابض وملكه مع عدمها لا وجه له بل المتجه
ح بقائه على ملك الدافع وذلك لان القابض لم يقبض المال المشاع
بينه وبين شريكه ومع فرض عدم اجازة الشريك لم يكن كمال المقبوض
مال الشركة ونية الدافع انه مقدار حصة القابض لا تنفع في ذلك وان

المسألة الثامنة

مشاركة غير المستوفي للمستوفي في بيع

وافقتها نية القابض بل لو رضي الشريك بكون حصة للقابض وما بقي في ذمة الغريم حصة له لم يجد لعدم صحة مثل هذه القسمة وان جوّزها لكنها امر اخر فان حصل تم والا رجع على القابض وشاركه فيما قبضه فهي بلا دليل بل هو مخالف للمعروف من عدم صحة قسمة الدين والمعلوم من انه مع عدم اجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا يكون تلك الكيفية بعد اليه بعد عدم القبض وح فان لم يكن ثمة اجماع اشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه بعد عدم الاجازة بل ولا بعضه اللهم الا ان يقال انه بر هنا الشريك بكون ما قبضه حصة للقابض بتخصص المقبوض مالا للشركة بل هو في الحقيقة اجازة لذلك نعم جعله حصة له لا يتم قسمة الا بقبض الشريك مقابله مع فرض عدمه يبقى ذلك المال المقبوض على الشركة فله الرجوع عليه واخذ نصيبه منه اذ لم يدخل في ملك القابض وذلك الرضا الذي وقع من الشريك اولا بكون ما قبضه حصة له لا يفيده تمليكا مع احتماله لكن على جهة التنزل الآن الاقوى خلافه وعلى كل حال فما ذكرنا يظهر لك ضعف ما عن ابن ادريس من اختصاص كل من الشريكين بما يستوفيه من حقه ولا يلحقه الاخر فيه لان اشتراك الدين في الذمة لا يمنع من تعيين حق واحد في معين ولان لكل واحد ان يبرأ الغريم من حقه ويصالح منه على شيء على وجه انما استوفى شريكه لم يلحقه فيه ولان متعلق الشركة بينهما هو وجه العين وقد ذهبت ولم يبق لهما الا دين في ذمته فاذا اخذ احدهما نصيبه لم يكن قد اخذ عينا من اعيان الشركة فلا يشاركه الاخر فيما اخذ ولان ما في الذمة لا يتعين الا بقبض المالك او وكيله والمقبوض ليس منه وذلك لان الشريك لم يقبض الا لنفسه ولانه ان وجب الاداء بالمطالبة بحقه وجب ان لا يكون للشريك فيه حق لكن المقدم حق بالاتفاق فالتالي مثله وذلك لان وجوب الاداء بالمطالبة بحصة الشريك فرع التمكن من تسليمها لاستحالة التكليف بالممتنع فاذا ثبت تمكنه من دفعها على انها للشريك ودفعها كذلك امتنع ان لا يكون للشريك الاخر فيها حق ولانه لو كان للشريك

تحقيق راجع الى المسئلة السابقة

في المدفوع حق لزم وجه قبح وهو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير اذن ولانه لو كان كذلك لوجب ان يبرأ الغريم من مقدار حصته من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه لكن التالي باطل عندهم لكونهم يحكمون بانه مخير في الاخذ من ايهما شاء ولانه لو نهاه الشريك عن قبض حقه فان تمكن من المطالبة بحصته وجب ان لا يكون للشريك فيها حق والا امتنع اخذ حقه بمنع الشريك اياه من القبض ولان المقبوض اما ان يكون مالا مشتركا او لا فان كان مشتركا وجب على تقدير تلفه ان يتلف منهما والا لم يكن للشريك فيه حق وقد مال الى ذلك في جامع المقاصد فقال ولا يخفى ان بعض هذه الوجوه في غاية القوة والمتانة ولو وجد بها لاتقاد مع انها قابلة للتاويل فمختار ابن ادريس قوي متين كما اعترف به هو في لكن وان كان الوقوف مع المشهور وتبعه على ذلك ثاني الشهيدين الآن الجميع كما ترى بعد التامل الجيد فيما ذكرنا بعد قطع النظر عن النصوص اذ الاول مصادرة محضة خصوصا بعد ما عرفت من تحقيق الاشاعة في العين كلية كانت او شخصية وابراء احدهما الغريم او الصلح معه بشيء يحصل الباقي للشريك الاخر فان الابراء يتعلق بالمشاع على اشاعته وكذا الصلح مع فرض حصولهما وعدم تسوير ملك الشخص عن نفسه ليتمحض الباقي للشريك الاخر وقد ذكر طرق متعددة لاختصاص كل منهما بما يأخذه اذا اراد التخرج عن معروض المسئلة والثالث ايضا مصادرة محضة كما عرفت والرابع مبني على ملك الشريك لما قبضه الاخر فهو اول القائل لا يلتزم به بل يشترطه بالاجازة على الوجه الذي سمعت والخامس بعد تسليم ان له المطالبة منفردا ووجوب الاداء له لا يقتضي ما ذكره الخصم بل يمكن ان يكون ولو بالجمع مع شريكه او بتعيين حقه باحد الوجوه المعينة له عن صاحبه بصلح ونحوه والسادس قد عرفت توقف الحق على الاجازة فلا جهة قبح فيه والسابع مع الاجازة لا اشكال في الابراء والتخيير انما هو في الاجازة وعدمها كما عرفت ذلك مفصلا والثامن قد عرفت الجواب عنه بما عن الخامس كما ان التاسع يعرف ما فيه مما تقدم

في البايع وغيره فمن الغريب دعوى المنافاة في هذه الوجوه التي هي واضحة الفساد والتحقيق ما عرفت نعم لكلّ منها طرق في الاختصاص لجوازه كالصلح والتاجيل المقتضي للاختصاص بعقد لازم مثلاً والضمان والحوالة والشرط ولها شبهًا ونحو ذلك مما لا ينافي التعرف على الاشاعة كما اوضحنا ذلك كله في محله والله العالم

المسئلة التاسعة اذا استاجر للاحتطاب او الاحتشاش او الاصطياد مدة معينة صحت الاجارة لعموم ادلتها الشامل لذلك وملك المستاجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة لانه نماء عليه المملوك له فهو في الحقيقة العبد المملوك الذي يكون لسيده نعم قد يشكل ذلك بانه لا يتم بناء على عدم قبول هذه الاشياء للنيابة الذي صرح به كلهم في كتاب الوكالة وانه يملكها الحيز وان نواها للغير كما سمعته منه هنا مع التردد في اعتبار النية ومن هنا صرح في جامع المقاصد بانه اذا جوزنا التوكيل في هذه جوزنا الاجارة عليه وان منعناه منعنا الاجارة حاكيا له عن صريح كره قال وظاهر يع في كتاب الشركة صحة الاستيجار مع انه نص الى انه بالاجارة تصير منافع الاجير مملوكة للمستاجر فيملك ما حازه ويضعف بانه على القول بعدم صحة التوكيل في الحيازة لا يتصور صحة الاجارة قلت قد يمنع التلازم ويكون تملك المباح في الغرض من توابع ملك العمل بالاجارة وغير التملك بالنيابة في الحيازة فتدبر جيدًا والامر سهل عندنا بعد ما عرفت ان المختار عندنا صحة التوكيل واعتبار النية بالمعنى الذي اسلفناه هذا كله لو ضبط العمل بالمدة واما لو استاجره لاصطياد شيء بعينه لم يصح لعدم الثقة بحصوله غالبا بناء على اشتراط ذلك فيما هو من نظائره في البيع وتعرف تمامه في كتاب الاجارة والله الموفق والمعين

كتاب المضاربة

من الضرب في الارض لضرب العامل فيها للتجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال فكان الضرب مسببا عنهما طرد الباب المفاعلة في طرفي المفاعل او من ضرب كل منهما في الربح بسهم او لما فيه من ضرب المال وتقليبه كذا قيل ولعل من ذلك يتحقق ضرب كل منهما في الاخر بما هو للاخر من المال والعمل ويقال للعامل مضارب بكسر الراء لانه الذي يضرب في الارض ولم نعثر على اشتقاق اهل اللغة اسماً لرب

المال

المال من المضاربة التي هي لغة اهل العراق فاما اهل الحجاز فيسمونه قراضا من القرض بمعنى القطع الذي من القراض فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها العامل الذي اقطع له قطعة من الربح او من المقارضة بمعنى المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما الاخر بشعره ومنه قارض الناس ما لا يرضون فان تركتهم لم يتركوك بمعنى ساوهم فيما يتركون ولما كان العمل من العامل والمال من المالك فقد تساويا وتوازنا او لاشتراكهما في الربح وتساويهما في اصل استحقاقه وان اختلفا في كميته ويقال للعامل هنا مقارض بالفتح وللمالك بالكسر والامر في ذلك كله سهل لعدم الثمرة المعتد بها انما الكلام فيما ذكره في المسالك تبعا للكركي قال واعلم ان من دفع الى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو اما ان يشترطا كون الربح بينهما او لاحدهما او لا يشترطا شيئا فان شرطاه بينهما فهو قراض وان شرطاه للعامل فهو قرض وان شرطاه للمالك فهو بضاعة وان لم يشترطا شيئا فكذلك الا ان للعامل اجرة المثل وفيه منع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة اذا قصداه كونها من القسم الفاسد لا انها من القرض المحتاج الى انشاء تمليك المال بعوض في الذمة وقصد كون الربح للعامل اعم من ذلك وان كان هو من اللوازم الشرعية لملك المال ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك وتحققه لخبر الصحيح عن ابي جعفر عن امير المؤمنين من ضمن تاجرًا فليس له الا راس ماله وليس له من الربح شيء والموثق عن ابي جعفر من ضمن مضاربة فليس له الا راس ماله وليس له من الربح شيء اذ كما ان التضمين من لوازم القرض فكذا الاختصاص بالربح يدفعها ان المتجه بعد تسليم ظهورهما وعدم رجحان معارضها عليها الاقتصار على ذلك فيما خالف الضوابط الشرعية ولو فرض عدم ارادة الفاضل والشهيد ذلك بل مرادهما ان الدفع المجرد عن عنوان خاص يقتضي الحكم عليه بذلك كان فيه ايضا منع تحقق القرض شرعا وعرفا بذلك لما عرفت واصالة الصحة لا تصلح قرينة على صرف الظاهر مع انه لا يتم في المملو خلوه عن ذلك

فيه بيان كيفية المضاربة وتحقيق معناها

بهذا القصد نعم يمكن ارادتها بيان حال كل من القراض والقرعة والبضاعة
في حد ذاتها لان المراد عقد على الوجه المزبور فيخرج عما نحن فيه ثم ان
ظاهر عبارة المزبورة الفرق بين وذي البضاعة باستحقاق الاجرة في الثاني
دون الاول الذي نسب عدم الاجرة فيه الى ظاهر الاصحاب في الرياض بل قال
هو حسن ان لم يكن هناك قرينة من عرف او عادة بلزومها والا فالمتجه
لزومها قلت لا يخفى عليك عدم وضوح الفرق بينهما اذ التصريح في الاول انهما
يكون الربح باجمعه للمالك لم يبين التبرع بالعمل وعدم ارادة الاجر عليه فا
لتحقيق في عدم الفرق بينهما ان العامل يستحق الاجر فيهما وقيام احتمال التبرع لا يدفع
اصالة احترام عمل المسلم المأذون فيه من المالك فضلا عن الواقع بامره و
استرافه من غير فرق في ذلك بين الوقوع بصورة المضاربة وغيرها ولا بين
كون العامل من المعدين لاخذ الاجرة كالسمسار ونحوه وغيره مع فرض كون
العمل مما له اجرة في العادة بل مقتضى الاصل المزبور استحقاق الاجرة على العمل
المأذون فيه وان لم ينو العامل الرجوع بها بل يكفي عدم قصده التبرع
ولعله الى ذلك اشار الفاضل المقداد في شرح فع قال في البضاعة فان قال
اي المالك مع ذلك لا اجرة لك فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع
عليه باجرة وان قال لك اجرة كذا فان عين عملا مضبوطا بالمدة والعمل
فذاك اجارة وان لم يعين فجعالة وان سكت فان تبرع العامل بالعمل فلا اجرة
له وان لم يتبرع وكان ذلك الفعل له اجرة عرفا فله اجرة مثله ومن ذلك
يعرف ما في كلام الرياض الذي حكيناه عنه بل وفيما ذكره سابقا في دفع
اشكال استحقاق الاجرة فلاحظ وتأمل وكيف كان فقد علم مما ذكرنا ان
المضاربة دفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه ولكن
يتبعها احكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة وغيرها كالغصب
واجرة المثل ونحوها والظاهر ان المراد مما في المسالك من ان عقد القراض
مركب من عقود كثيرة لان العامل مع صحة العقد وعدم ظهور
ربح ودعي امين ومع ظهوره شريك ومع التعدي غاصب وفي تصرفه

وكيل ومع فساد العقد اجير لان المراد انشاء هذه العقود بانشاء عقده
والا كان محلا للنظر مضافا الى ما في ذكر الغصب واجرة المثل والشركة في الربح
في العقود وعلى كل حال فهو اي تمام البحث في كتاب المضاربة يستدعي بيان
امور اربعة الاول العقد الذي في التذكرة والقواعد من اركان هذه
المعاملة بل صرح في كره بانه لا بد فيها من لفظ يدل على الرضا وظاهرها
او صريحها كغيرها عدم مشروعية ما يشبه المعاطاة في البيع منها وهو
وان كان موافقا للاصل لعدم ملك العامل الحصة من الربح الا انه مخالف لما
دل على جوازها في البيع مما هو مشترك بينها وبين غيرها من السيرة المستمرة
وصدق اسم المضاربة عرفا وتجارة عن تراض ونحو ذلك مما هو كاف في مشروعيته
وفي تخصيص نحو قوله ع انما يحلل الكلام ويحرم الكلام فالمتجه مشروعيتها كذلك
وان لم يكن لها تركيب ايجابا وقبولا لا تعلق من عقدها وعدم الثمرة المترتبة بين
معاطاتها وعقدها للجواز الفسخ فيها لا ينافي الحكم بمشروعيتها على الوجه المزبور
وعلى كل حال فلا خلاف في اعتبار اللفظ في ايجاب عقدها وان لا يتعين فيه
لفظ مخصوص بل يكفي فيه كل لفظ دال على انشائها بجعلها مستعملا في ذلك
على النهج الصحيح لانه المتعارف في كيفية عقدها بل قد عرفت فيما مضى قوة
الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة فضلا عن الجائزة اما القبول ففي كره
وجامع المقاصد والروضة الاكتفاء فيه بالفعل في تحقق العقد خلافا
لظاهر الفاضل في عد وغيره بل صرح به بعض العامة بل في الرياض بعد
ان حكى عن كره ذلك وانه يظهر منها عدم الخلاف بينا فيه وفي الاكتفاء
في الايجاب والقبول بكل لفظ قال فان تم والا فالاولى خلافه اقتصارا فيما
خالف الاصل الدال على ان الربح تابع للمال وللعامل اجرة المثل المنطبق مع
المضاربة تارة والمخالف عنها اخرى على المتيقن ولعله لذا اعتبر فيهما
التواصل بين الايجاب والقبول والتنجيز وعدم التعليق على شرط او صفة
وهو حسن على ما حققناه ولكن على ما ذكره من الاكتفاء بالفعل في طرف
القبول وبكل لفظ فيه وفي طرف الايجاب بناء على جوان العقد فكذلك

بيان اركان المضاربة وهي اربعة

الاول في بيان العقد

وسؤال الفرق بينه وبين اعتباره اياهما متجه وكانه اخذ ذلك او بعضه
من جامع المقاصد فانه بعد ان حكى عن التذكرة اعتبار التنجيز احتمل فاقول
فيه نظر لان ذلك معتبر في العقود اللازمة خاصة دون الجائزة من
الطرفين وسيأتي التصريح بذلك في الوكالة قلت لا يخفى عليك ما في ذلك
كله بناء على ما ذكرناه من تحقق المضاربة في المركب من الفعلين ايجابا
نعم لا فضلا عن محل الفرض واقصاه انه لا يكون عقد مضاربة نحو الا
فهو مشروع يترتب عليه احكام المضاربة مع انه يمكن القول بتحقق العقد
التام بالقبول الفعلي بناء على تعارف عقدها بذلك بين المتشرعة ومثله كاف علم
في ذلك لكن لا ثمرة مهمة هنا بعد فرض المشروعية بعد كون هذه الكيفية عقدا
او لا لما سمعته من عدم الفرق بينهما في الجواز وغيره من احكامها نعم بناء
على عدم مشروعية التعاطي فيها يتجه البحث في الفرض ولعل المانع
فيه مستظهر ما لم يثبت تعارف كيفية عقدها بذلك لكن قد عرفت التحقيق
ان لم يكن ثم اجماع على خلافه ودونه خرط القتاد وان كان كثير من كلماتهم
تفيد الناظر فيها تشويشا على نحو ما في بعض كتب العامة اما غير ذلك
مما يعتبر في غيرها من العقود كالتواصل والتنجيز فيبقى على مقتضى ما دل
على اعتباره الذي لا فرق فيه بين الجائز واللازم ضرورة كونه من
كيفيات العقد والتوسع في العقود الجائزة بالنسبة الى الاكتفاء في ايجابها
مثلا بكل لفظ لا يقتضي فيها بالنسبة الى ذلك وثبوته في الوكالة للدليل
لا يقتضي الثبوت في غيرها بعد حرمة القياس هذا كله في التواصل
اما التنجيز فلا ريب في اعتباره لا غاية الطريق فيها وفي العقد اللازم
كما حققناه في محله والله العالم وكيف كان فهو جائز من الطرفين لكل
منهما فسخه سواء نض المال بان عاد دراهم او دنانير او كان به عروض
بلا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه وهو الحجة في الخروج عن قاعدة
اللزوم لكن ذكر غير واحد انه ان كان الفسخ من العامل ولم يظهر
ربح فلا شيء له وان كان المالك ضمن للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت

بيان جواز عقد المضاربة على جميع التقادير

صونا للعمل المحترم من التخلي عن الاجر مع احتمال العدم للاصل واقدام العامل عليه
بمعرفته جواز العقد وامكان فسخه قبل ظهور الربح بل وبعده مع عدم تحقق
الوضيعة المستغرقة له لكونه وقاية لرأس المال قلت قد يقال ان قاعدة
احترام عمل المسلم المأذون فيه التي قدمناها سابقا تقتضي استحقاق الاجرة
في الاول كاعن التذكرة فضلا عن الثاني ما لم يكن اجماع والاقدام على جواز العقد
اعم من الاقدام على التبرع وعلى كل حال فلو اشترط فيه اي عقد المضاربة
الاجل لم يلزم العقد مدته على احد منهما فيصح لكل منهما فسخه قبله بلا خلاف
اجده فيه للاصل وغيره نعم في المسالك وغيرها بعد تفسير العبارة ونحوها
بما سمعت قال لكن العقد والشرط صحيحان اما الشرط ففائدته المنع من
التصرف بعده لان التصرف تابع للاذن ولا اذن بعده واما العقد فلان
الشرط المذكور لم ينافي مقتضاه اذ ليس مقتضاه الاطلاق قلت قد يراد
من العبارة عدم الصحة من نفي اللزوم بقرينة قوله متصلا بها الكن لو قال
ان مرت بك سنة فلا تشتر بعدها وبع صح عندنا لان ذلك من مقتضى
العقد الذي هو تسلط رب المال على فسخ القراض متى شاء وعلى منع العامل
عما يشاء من نوع او زمان او مكان ضرورة ظهور الاستدراك فيه في ان الاول
ليس كذلك بل هو من افراد المسألة التي ذكرها بقوله بعد ولو قال على
ان لا املك فيها اي السنة منعك فانه شرط باطل لان ذلك مناف لمقتضى
العقد بل الاقوى وفاقا للمشهور بطلان العقد معه فالتحقيق ح ان
يقال انه اريد باشتراط الاجل المعنى الاول صح وان اريد به المعنى الثاني
بطل وابطل كما صرح به غير واحد بل لم اجد خلافا هنا في بطلانه وزاد
في القواعد وجامع المقاصد اشتراط ضمان العامل المال او الزيادة بحصة
من الخسارة الا انه قد يناقش في ذلك ان اريد بها الكناية عن اللزوم
مثلا بالعارض ولو بالشرط الا ان المراد به ما ينافي حكمها شرعا فانحصر الاشكال
في البطلان ح اما المناقشة في الاول بمنع كونها من منافيات مقتضى العقد
المراد به ما يعود على العقد بالنقض ولا ريب في عدم منافاة اللزوم للعقد

بيان بعض العقود في المضاربة

المضاربة اذ هو كالجواز في العقد اللازم الذي لا اشكال في صحة اشتراطه ومن هنا كان له شرطه اي اللزوم في العقد الجائز بعقد لازم آخر ولو انه من المنافي لمقتضاه لم يصح ذلك اذ هو كاشتراط عدم الملك في البيع ونظيره هنا عدم ملك العامل الحصة من الربح لا اشتراط اللزوم في المضاربة وكذا الكلام في الضمان الذي لا ينافي كون الشيء امانة فان كثيراً من الامانات مضمونة كعارية الذهب والفضة والعارية المشترط فيها ذلك والمقبوض بالسوم وغير ذلك بل ستسمع ضمان العامل في كثير من صور المضاربة بل وكذا الكلام في اشتراط الزام العامل حصة من الخسارة فان جميع هذه الامور من الاحكام وانما هو مقتضى اطلاق العقد لا انها من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقض فتدبر جيداً لتفهم ان شيء وهو انه قد صرح الفاضل في القواعد وتبعه في جامع المقاصد بصحة شرط المالك على العامل المضاربة في مال اخر او اخذ بضاعة منه او قرض او خدمة في شيء بعينه معللاً له الثاني منهما بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله عم المؤمنون عند شروطهم لكن عن ابي حمزة وابن البراج الجزم بفساد العقد والشرط وكذا عن ط الا انه قال اخيراً ولو قلنا القراض والشرط جائز لكن لا يلزم الوفاء به كان قوياً ثم انه في جامع المقاصد قد حكى عن التحرير عدم لزوم الوفاء به ثم قال وهو حق فان العقد جائز من الطرفين لكن لم يذكروا حكم ما اذا عمل العامل ولم يف بالشرط فظهر ربح والربح يقتضيه النظر ان للمالك الفسخ بفوات ما جرى عليه التراضي فيكون للعامل اجرة وللمالك الربح الى ان قال ولو شرط ذلك من طرف العامل على المالك فالحكم كما هنا بغير تفاوت الا ان الفسخ هنا بعد العمل اذا لم يحصل الوفاء يكون للعامل لانه انما رضي بالحصة القليلة مع هذا الشرط قلت لا يخفى عليك منافاة الذي جعله مقتضى النظر وخصوصاً فيما اذا كان الشرط للعامل فان التزام تسلطه على استحقاق الربح كلا الذي تابع لمال المالك بفسخ العقد مما لا يمكن التزام فقيه له فالتحقيق عدم مدخلية الشرط في ذلك اما الكلام في حكمه بالنسبة الى وجوب الوفاء به وعدمه فيحتمل الاول لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد وعدم

الانشاء فسخه لكونه ح كنفس مقتضى العقد اذ هو من توابعه وبهذا المعنى يندرج في قوله تعالى اوفوا بالعقود بناء على كون المراد منه الامر بالوفاء بمقتضى كل عقد لم يحصل له فاسخ جائزاً ولازم وفي قوله عم المؤمنون عند شروطهم ويحتمل الثاني لا بمعنى تسلطه على فسخ العقد بل على معنى عدم وجوب الوفاء به وان لم يفسخ العقد للاصل السالم عن معارضة الاية المراد منها العقود اللازمة للخروج لامر فيها بالوجوب المطلق وكذا قوله عم المؤمنون عند شروطهم المراد منه بيان صحة اصل الاشتراط واما اللزوم وعدمه فيتبع العقد الذي تضمن الشرط فان كان لازماً وجب الوفاء بالشرط لكونه ح من توابع العقد والا لم يجب بل يكون ح شبه الوعد ولعل هذا هو مراد الشيخ والفاضل في التحرير من المحكي عنهما لا ان المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد باعتبار جواز العقد والا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد اذ هو كما ترى لا دليل عليه بل المعلوم خلافه ضرورة عدم كون الشرط اولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به وان لم يفسخ العقد فان من استودع او وكل او استعار او ضارب او جاء بعقد من هذه العقود لا يجب عليه الوفاء به بمقتضى ذلك فيأخذ الوديعة مثلاً ويفعل ما وكل ويتناول العارية ويأخذ عين مال القراض فالشرط اولى منه بعلم ح انه هو مراد الشيخ والفاضل فيما ذكراه من عدم لزوم الوفاء به وهو لا يخ من قوة والله العالم وعلى كل حال فلو اشترط على العامل ان لا يشتري الا من زيد او لا يبيع الا على عمرو صح لان الناس مسلطون على اموالهم ولذا لو قال له على ان لا تشتري الا الثوب الفلاني او ثمرة البستان الفلانية سواء كان وجود ما اشار اليه عاماً او نادراً للعموم خلافاً لبعض العامة فلم يجوز الاخير وهو واضح الضعف نعم لو شرط عليه ان يشتري اصلاً يشتركان في نمائه كالشجر او الغنم قيل يفسد بل لم اجد من جزم بالصحة من اصحابنا وذلك لان مقتضاه اي القراض الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف في راس المال وان تبعه النماء ايضاً في بعض الاحوال لا حصره في الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه لا اقل من الشك في تناول الاطلاق له ولكن مع ذلك فيه تردد مما سمعت ومن امكان منع اعتبار ذلك

صحة بعض الشروط مع الزامها

في القراض الذي هو دفع المال من ربه ليعمل من العامل والاشتراك فيما حصل
من ذلك سواء كان نماء فعل او مال اذ هو ايضا متسبب من فعل العامل الذي هو جزء
ذي النماء لكن يتوي في النظر الاول نعم لو قال له اشتره وما يحصل من انتفاع
فيمته من نمائه فهي بيننا فالاقوى الصحة لاطلاق الادلة ولانه في الحقيقة
كالواقع نماء اعيان المضاربة قبل بيعها ودعوى اعتبار شراء مع بيع ولو
مرة في المضاربة واضحة المنع وبذلك ظهر لك ان في المسئلة صورا ثلثة احدها
معلومة الصحة والثانية مظنونها والثالثة ينبغي شمول الاطلاق لها او
الاصل الفساد كما انه ظهر لك مما في المسالك وغيرها فلاحظ وتامل واذا اذن له
في التصرف بمعنى انه عقد معه عقد المضاربة مثلا واطلق تولى باطلاق
الاذن المستفادة من العقد ما يعتاد بالنسبة الى مثل تلك التجارة ومثل ذلك
العامل في مثل ذلك المكان والزمان ما يتولاه المالك وغيره من عرض القماش
والنشر والطي واحرازه وقبض الثمن وايداعه الصندوق واستيجار من جرت
العادة باستيجاره كالدلال والوزان والحمال وغير ذلك مما لا يملك تحديده
بالتعداد عملا بالعرف الذي هو الضابط لذلك ح فلو استاجر لمثل الاول
الذي جرت العادة بمباشرته ضمن الاجرة بل يمكن ضمانه العين لو فرض تلفها بذلك ولو تولى الاخير الذي جرت العادة بالاستيجار له بنفسه فا
للتبرع لم يستحق اجرة اما مع قصد الرجوع فقد يقوى استحقاقها بناء
على تناول الوكالة لمثل نفسه بل قد يقوى استحقاقه ايضا مع الخلو عن القصد
لقاعدة احترام عمل المسلم المتقدمة ولنشر العم ولا ينفق العامل في الحضر عندنا
شيئا من مال القراض وان قل حتى فلوس السقا للاصالة وحرمة التصرف في **بيان حكم نفقة العامل في الحضر والسفر**
مال الغير نعم له ان ينفق في حال السفر كمال نفقته من ماكول ومشرب وملبس
ومسكن ونحو ذلك مما هو داخل في النفقة من اصل المال على الاظهر الاشهر
بل المشهور بل في التذكرة نسبته الى علمائنا بل عن محكي الغنية الاجماع عليه وهو الحجة
بعد صحيح علي بن جعفر عن اخيه ابي الحسن في المضارب ما انفق في سفره
فهو من جميع المال فاذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه ونحوه خبر

السكوني عن امير المؤمنين ع خلافا للمحكي عن بعض من كون جميع نفقته على نفسه
كالحضر للاصل المقطوع بما عرفت فالعمل عليه ح كالاجتهاد في مقابلة النص نعم
عن احد انه ان له تفاوت ما بين نفقة السفر والحضر وهو مخالف لظاهر
النص ايضا المعتضد بما سمعت والمراد بالسفر هنا العرفي لا الشرعي الذي هو
في الحقيقة احد افراد السفر قد علق الشارع عليه بعض الاحكام الخاصة كقصر
الصلوة والافطار ونحوهما كما انه اجرى احكام الحضر عليه مع الاقامة والتردد
ثلثين يوما وان بقي معهما صدق اسم السفر الذي يجري عليه الحكم هنا الدونه
عنوانه يدور معه وجودا وعدما ثم في ذلك وغيرها يجب الاقتصار منه على ما
يحتاج اليه للتجارة فلو اقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة قلت هو كذلك
ما لم يكن لخوف طريق مثلا او حبس ظالم او نحو ذلك مما يتعلق بالتجارة ولذا
قال في كره لو اقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد للحاجة لجباية المال
او لانتظار الرفقة او لغير ذلك من المصالح لمال القراض كانت النفقة من مال
القراض ايضا لانه من مصلحة القراض اما لو اقام للراحة او للتفرج او لتحصيل
مال له او لغير مال القراض فانه لا يستحق من تلك المدة شيئا من مال
القراض للنفقة اما لو اقام للتجارة ولامر اخر بحيث يكون كل منهما علة تامة **وجوه واقوال فيما لو كانت الاقامة للتجارة وغيرها**
في المكث ففي اختصاص النفقة في مال القراض للاطلاق وعدمه للاصل و
التوزيع اوجه اقواها الاول كما ان اقواها الاخير لو تركب المدعى منهما بحيث
يكون كل منهما جزء العلة والمراد بالنفقة ما يحتاج اليه من ماكول ومشروب
وملبوس ومركوب والات ذلك كالقربة والجوالق واجرة المسكن ونحو ذلك
مما هو داخل في اسم النفقة الان اشتهر تفصيلها في النفقات وح فليس المراد منه
المندرج فيها جوائزه وعطاياه وضيافاته وغير ذلك مما هو خارج عن بيانها في كتاب
الخمس وبذلك يظهر لك ان معنى قوله ع ما انفق ما يذهب منه نفقة له لا ان
جميع ما يتلفه وهو الموافق للاصل نعم يراعي كثيرها من النفقات ما يليق
بحاله عادة على وجه الاقتصاد فان اسرف حسب عليه وان قتر لم يحسب له
لانه لم ينفق ذلك وعلى كل حال فاذا عاد من السفر فما بقي من اعيان النفقة

فيه تحقيق اصل المسئلة الثالثة

ولو من الزاد يجب رده على التجارة كل ذلك ما لم يشترط عليه عدمها والا لم
يجز للعامل ولو اذن له بعد ذلك فهو تبرع محض ولو شرطها على المالك فهو تاكيد
ويقوى ح وجوب تعيينها حذراً من الجهالة بناء على اعتبار عدمها في مثل المقام
ولعله لا يخ من نظر بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الاول لكونها ثابتة
باصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالاصل وان كان فيه ما لا يخفى ضرورة
عدم رجوع ذلك الى شرط من العقد مع عدم الاشتراط بخلافه معه ثم ان ظاهر
النص والفتوى عدم اعتبار ثبوت ربح في النفقة بل ينفق ولو من اصل المال
ان لم يكن ربح لكن لو ربح بعد ذلك اخذت من الربح مقدمة على حق العامل وصورة
كون ذلك كالخسارة اللاحقة للمال التي يجب جبرها بما يتجدد من الربح كما اومى اليه
في ك بقوله والقدر الماخوذ في النفقة يحسب من الربح وان لم يكن هناك ربح فهو
خسران لحق المال وكذا ولك قال ولا يعتبر في النفقة ثبوت ربح بل ينفق ولو من
اصل المال ان لم يكن ربح وان قصر المال نعم لو كان ربح فهي منه مقدمة على حق العامل
لكن في الرياض ولا يعتبر في ثبوتها حصول الربح بل ينفق ولو من اصل المال
لاطلاق الفتوى والنص ومقتضاهما الانفاق من الاصل ولو مع عدم حصول
الربح ولكن ذكر جماعة انها منه دون الاصل وعليه فلتتقدم على حصة العامل
وهو من غرائب الكلام ان اراد بالاول اخراجها من الاصل حتى لو تجدد بعد
ذلك ربح خصوصاً بعد ما سمعته من الفاضل وثاني الشهيدين انها منه مقدمة
على حق العامل ان قلنا بخروجها من الاصل حال عدم الربح فالتحقيق ح ما عرفته
من انه ينفق ولو من اصل المال لكن متى تجدد ربح جبر المال بقدر ما انفق
منه ثم ان بقي ربح اخذ حصته والا فلا وهو الموافق للتامل في النص والفتاوى
لا ما سمعته منه ولانه ينفق حال عدم الربح من اصل المال وحال وجود
الربح منه من غير جبر للاول نعم ان لم يكن اجماع امكن القول بان النفقة انما
تكون للعامل حيث يكون ربح في المال يحتملها او بعضها فتخرج ح منه على المالك
المضارب والا فلا نفقة له كما ان نفقته حال الحضر من نصيبه خاصة
ولعله اوفق بالاصل والنص الا انا لم نجد قولا لاحد وان اراد ذلك في الرياض

بما حكاه عن جماعة كان محط البحث بينهم كما لا يخفى على من لاحظ او تامل وعلى كل
حال فانما يستحق العامل النفقة في السفر الماذون فيه فلو سافر الى غيره
اي تجاوز الماذون او الى غير جهته فلا نفقة وان كانت المضاربة باقية
هذا وفي المسالك وغيرها ان مؤنة المرض والموت في السفر محسوبتان على
العامل خاصة لانهما لم يتعلقا بالتجارة وهو كذلك بالنسبة الى الموت بل والمرض
اذا كان على وجه لا عمل له في المال معه اما اذا كان مرضا لا يمنعه من العمل بالمال
فلا ريب في استحقاقه النفقة في تلك الحال نعم قد يشكل دخول مثل الدواء و
نحوه في النفقة وقد حققنا ذلك في كتاب النفقات من كتاب النكاح من
اراده فليلحظه فان الظ اتحاد البحث في المقامين بالنسبة الى ذلك وكيف
كان فلو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه عند المص وجماعة التقسيط
التقسيط لان السفر لاجلهما فنفقته عليهما وهو على نسبة المالين والعملين
وجهان اجودهما في المسالك تبعاً لجامع المقاصد الاول لان استحقاق النفقة
في مال المضاربة منوط بالمال ولا نظر الى العمل ومن هنا اتجه تفريع المص له
على ما ذكره اولاً لكن اورد عليه في الاخير انه يقتضي ان لا يستحق نفقة اصلا
لو اخذ مضاربة في حال السفر ثم ان الظ جريان التقسيط على القول الاخر
الذي هو وجوب ما زاد على نفقة الحضر ضرورة كونها ح هي التي تقسط على
المالين والعملين فما عن بعض المحققين من عدم جريان ذلك على هذا القول
بان تكون النفقة على نفسه لكونه كالحاضر باعتبار اشتغاله بمال نفسه
وان استصحبه مال القراض غير واضح والتعليل المذكور به يقطعها على
القول الاخر ايضا ومن هنا حكي عن السيد العميد انه جعل احتمالي سقوط
النفقة وثبوت التفاوت بين حال الحضر والسفر خاصة في عبارة
القواعد من توابع الفرض وهو ما لو كان معه مال اخر لنفسه وربما
يؤيد به الاحتمال الاول ظهور خبر النفقة في الذي ليس معه الا مال المضاربة
فيبقى محل الفرض مندرجا تحت الاصل نعم يندرج في النص المضارب الذي
معه مضاربات متعددة ضرورة صدق كونه مضاربا والتوزيع ح

بيان التقسيط في النفقة على ماله لو كان له وغيره

متجه فيه اما لان قوله من جميع المال يشمل مال الجميع على جهة النسبة او
لان اختصاصه بمال دون اخر ترجيح بلا مرجح مع ان علة الاستحقاق
في صدق وصف المضاربة المتحققة في الجميع فلا عدل الا التوزيع لبعد
تعذر التكرار وقيمة النفقة ليست نفقة بل قد يدعى انسباقه من امثال
ذلك لا يخلو من لاحظ نظائره في النفقات كما انه قد يدعى انسياق
ذلك اليه حتى لو كان مال لنفسه مع مال القراض لسقوط النفقة ورة
صدق كونه مضاربا معه الا انه لما كان السفر ليس للقراض خاصة اتجه
التوزيع وعلى كل حال كونه على قدر الاموال او الاعمال البحث السابق هذا
وفي المسالك بعد ان ذكر التوزيع في القراضين قال ولا فرق في ذلك بين
ان يكون قد شرطها على كل واحد منهما او اطلق بالله نفقة واحدة على
التقديرين لان ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل هذا مع
جهل كل واحد منهما بالاخر اما لو علم صاحب القراض الاول بالثاني وشرط
على ماله كمال النفقة جاز واختصت به ولا شيء على الثاني وقد تبع بذلك
الكركي قال لو شرط في القراض النفقة فاخذ من الاخر قسط لان ذلك
منزل على اختصاصه بالعمل له وكذا لو شرطا ولو شرط احدهما واطلق
الاخر فان علم الاول بالقراض فالنفقة من ماله خاصة عملا بالشرط
وهو قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة قال فيها فان شرط صاحب المال
الاول النفقة من مال القراض مع علمه بالقراض الثاني جاز وكان
نفقته على الاول واذا لم يعلم بالقراض الثاني بسطت النفقة وان كان
قد شرطها الاول لانه انما اطلق له النفقة بناء على اختصاص عمله به
لانه الخ قلت قد عرفت في السابق ان شرط النفقة انما هو مؤكد لثبوتها
بدونه فصورة الشرط كصورة الاطلاق بالنسبة الى ذلك ولا ريب
في التوزيع مع الاطلاق فيهما وان علم احدهما بالاخر نعم لو اريد من الشرط
الاختصاص بالنفقة على من كان عليه الشرط اتجه ذلك الا انه لا فرق
معه بين صورتي الجهل والعلم ح ودعوى انسياق ذلك من الشرط حال

منه
بيان نفقة العود لو انتزع منه المال

بيان كون الغبطة تسوغ للعامل التصرفات المحرزة بها

العلم دون الجهل لا شاهد لها والله العالم ولو اتفق صاحب المال مسافرا مثلا فانتزع
المال بقصد منع المضاربة فنفقة عوده منه خاصة لارتفاع وصف المضاربة
الذي هو سبب استحقاق النفقة ولا غرر بعد دخوله على العقد الجائز الذي
هو معرض ذلك ونحوه فلعل بعض العامة من ثبوتها واضح الضعف وكيف
كان فلا اشكال ولا خلاف في ان للعامل ابتياع المعيب والرد بالعيب واخذ
الارش نعم كل ذلك ونحوه مع الغبطة لان الغرض الذاتي هنا الاسترباح الذي
يحصل بالصحيح والمعيب فلا يتقيد اطلاقها بالاول وان كان هو كذلك في اطلاق
الوكالة المحتمل ارادة القنية التي لا يناسبها المعيب وكذا الكلام في الرد بالعيب
واخذ الارش ولكن مع هذا قد ذكر غير واحد من الاصحاب انه مقتضى اطلاق الاذن
هنا البيع نقدا بثمن المثل من نقد البلد لانه المتعارف في التجارة لتحصيل الربح
اذ في النسيئة من التغرير بالمال ما لا يخفى كالتضييع بالبيع دون ثمن المثل
واحتمال الكساد في بيع العروض لكن في ذلك وغيرها المناقشة والاخير بما عرفت
من ان المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب لان الغرض الاقصى منها
تحصيل الربح وهو قد يكون بالعروض فلا فرق بها معها الى ان قال ولو
اذن له في شيء من ذلك عموما انه او خصوصا كتصرف كيف شئت ويجب
رأيك ونظرك ونحو ذلك فانه يجوز له البيع بالعروض قطعا اما النقد و
ثمن المثل فلا يخالفهما الا بالتصريح وما ابعد بينه وبين فاضل الرياض حيث
جعل المدار على حصول المصلحة مع الاطلاق وان كان فرضها في نحو البيع
بدون ثمن المثل نادرا وظني انه لا موافق له على ذلك وان كان قد يتوهم من
بعض العبارات والتحقيق انه لا وجه للتوقف مع المصلحة اذا كان الاذن
على وجه العموم فله البيع نسيئة وبدون ثمن المثل مع الاطلاق فالمدار
حصولها في الافراد المتعارفة بين التجار في تحصيل الارباح واما النادر فلو
فرضت فيه المصلحة فلا يدخل في الاطلاقات اذ ليس العنوان الاذن في
عمل كل ما فيه مصلحة وانما هو الاطلاق المنصرف الى الافراد المتعارفة
التي منها نقصان ما يتسامح به الناس والله العالم وعلى كل حال فقد

ذكره المص وغيره انه لو خالف ما ذكر عليه القطع بعدم الصحة مع اجازة المالك
لكونه تصرف قد وقع بدون اذن المالك وهو غير باطل عندنا وانما هو
فضولي فلو اجاز نفذ لكن في ذلك تبعا لجامع المقاصد انه مع الاجازة ان
قد رعلى تحصيل النسيئة والاغنى لثبوته بالبيع الصحيح لا القيمة ومع
عدمها يجب استرداد العين مع الامكان والا ضمن قيمة المبيع او مثله لا الثمن
المؤجل وان كان ازيد ولا التفاوت في صورة التنقيصة لانه مع عدم الاجا
زة بيع باطل فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير اذن
شرعي قلت قد يناقش في ضمانه بانه مع اجازة المالك ورضاه بالبيع نسيئة
صار الثمن الذي في ذمة المتعدى له برضاه ولم يحصل من العامل ما يقتضي
ضمانه بل لعل ذلك كما في الغاصب اذا باع المغصوب نسيئة ثم تندم الغاصب
فاجاز المالك ذلك ورضي بالثمن الذي في ذمة المشتري ان يكون له خروج
الغاصب من الضمان ولا ينتقل ضمان العين الذي كان عليه الى الثمن
لم تتول يده عليه وكان ذلك محله لا اشكال فيه بمقتضى المعلوم من
القواعد الا انه الا ان يقال ونحو عن المقام الذي تسمع نظائر النصوص
النادرة بضمان العامل اذا خالف ما اشترط عليه المالك وان بقيت
المضاربة صحيحة والربح بينهما ولعل ما نحن فيه منه اذ لا فرق في المخالفة
بين الشرط الصريح او المفهوم من الاطلاقات فاذا قال له اشتر مثلا تمرا
فخالف واشترى غيره كان ضامنا ولكنه صحيح والربح بينهما كما ستعرف فما نحن
فيه المستفاد من انسياق الاطلاق اولى بذلك والله اعلم وكذا يجب مع الاطلاق
ان يشتري بعين المال لانه المفهوم او المتيقن منه خصوصا بعد ملاحظة
احتمال عدم ارادة المالك التجارة بغير المال الذي دفعه والشراء بالذمة
قد يؤدي الى وجوب دفع غيره كما في صورة تلف مال المضاربة قبل الوفاء
فيه وح فلو خالف واشترى في الذمة للمالك لم يصح الا مع الاذن فيه ولو
لاحقا لكن قد يشكل ذلك باقتضاء الاطلاق عرفا الشراء بالذمة على وجه
الحلول وارادة الدفع من مال المضاربة كما هو المتعارف بين الناس من

فيه وجوب شراء بعين المال

غير فرق بين الملاك والعمال والوكلاء وغيرهم نعم ليس له الشراء في الذمة على
ارادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة فانه ليس في الاطلاق ما يشعر بالاذن
بذلك ويمكن ارادة الاصحاب المنع عن هذا بالخصوص لا ما يشمل الاول الذي
قد يتسامح في العرف بجعله من الشراء بالعين فاذا اتفق عروض ذلك من
العامل وفرض تلف مال المضاربة ادى المالك من غير مالها لما عرفته من
تناول الاطلاق الاذن على الوجه المزبور المفروض وقوعه ومن ذلك يعلم
ما في التعليل المذكور كما انه منه يعلم ان مع نادية المالك في الفرض المزبور
من غير مال المضاربة يكون ذلك من جملة مال القراض لما عرفته من
اقتضاء الاطلاق ذلك كما عن الشيخ في ط التصريح به وان حكي عنه انه حكي
فيه وفي الخلاف اقوالا غير حاصلة لا فائدة في ذكرها كما لا محصل معتد به
لما اطنب به في الرياض من ذكر الاشكال المزبور والجواب عنه والنظر في
الجواب فلاحظ وتامل وعلى كل حال فلو اشترى العامل في الذمة بنية
انه للمالك لا معه اي لا اذن لا سابقا ولا لاحقا ولو من الاطلاق المزبور ولا لاحقا ولكن
لم يذكره اي المالك على وجه يفهم البايع ان البيع له تعلق الثمن بذمته ظا
وان كان هو فاسد في نفس الامر وجب عليه التخلص من البايع بمقاصة
ونحوها نعم لو وقع الشراء منه بلا نية انه للمالك او لنفسه تعلق الثمن
بذمته ظاهرا وواقعا وكان الربح له كالو نوى نفسه لظهور المعاملة في
ذلك حتى لو فرض كونه مأذونا في الشراء في الذمة للمالك لكن لا ينصرف
الشراء في نفس الامر حتى وقعت المعاملة له الا بنية انه له كما هو واضح فما
في الرياض من الوقوع للمالك في هذه الصورة واضح الضعف الا ان ما حكي
عن نسخته غير نقية من الغلط نعم لو كان قد نوى المالك ثم اجاز كان له
بل ربما ظهر من المتن كونه مال قراض ح كما انه يبطل مع ذكره له لفظا
وعدم اذنه سابقا ولا لاحقا وبذلك تم صور المسئلة واحكامها لكن لا ينبغي
عدم خلو جعله مال قراض مع الاجازة اللاحقة واداء الثمن من غير مالها
من اشكال او منع والله العالم ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها ام

بيان حكم الشراء في الذمة

بيان المخالفة في جهة السفر

بيان المخالفة في جهة السفر وتعليق الضمان عليه ح

وضمن المال لتعديه وان نوى بيعه وكان الربح بينهما اذ لا منافاة بين ذلك وبين
المنع من السفر لكونه مأذونا في التجارة من حيث هو تجارة وان لم يجز له السفر فان
المنع من احد المتعارضين لا يقتضي بمجرده المنع من الآخر بل هو كذلك حتى في
صورة الاطلاق فان الظاهر عدم استفادة الاذن منه في السفر كما صرح به
غير واحد بل في جامع المقاصد نسبته الى علمائنا لما فيه من التغرير بالمال
خلافا لبعض العامة من غير فرق بين خوف الطريق وامانه وعلى كل حال
فلا اشكال ولا خلاف عندنا في الحكم المزبور وفي الصحيح عن احدهما سألته عن رجل
يعطي المال مضاربة وينهاه ان يخرج قال يضمن المال والربح بينهما وفي صحيح الحلبي
عن الصادق عليه السلام في الرجل يعطي الرجل المال فيقول ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها
واشتر منها قال فان جاوزها وهلك المال فهو ضامن وان اشترى متاعا
فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما وفي خبر ابي بصير عنه عليه السلام في الرجل
يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه ان يخرج به الى ارض اخرى فعصاه
قال هو له ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه وخبر ابي الصباح
سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطي الرجل المال يخرج به الى الارض وينهى
نهاه ان يخرج به الى غيرها فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال فقال
هو ضامن وان سلم فهو بينهما بل في صحيح الحلبي عنه عليه السلام اتم من ذلك قال المال
الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف
امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطي الرجال يعملون
به مضاربة ويشترط ان لا ينزلوا بطن واد ولا يشتروا ذا كبد رطبة فان
خالفت شيئا مما امرتك به فانت ضامن للمال وفي صحيح جميل الآخر عنه عليه السلام
في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط قال هو ضامن و
الربح بينهما وفي خبر ابي الصباح عنه عليه السلام في الرجل يعمل بالمال مضاربة قال له
الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف عن شيء مما امره صاحب
المال بل في صحيح جميل عنه عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضربا من
المتاع مضاربة فذهب فاشترى غير الذي امره قال هو ضامن والربح

فيه بيان الحكم ان الربح بينهما

بينهما على ما شرط واليه اشار المصنف بقوله او امره بابتياع شيء بعينه
فابتاع غيره ولو ربح والحال هذه كان الربح بينهما الا انه اشكله بعض بمخالفته
القواعد المعلومة ضرورة عدم الدخول في الملك مع عدم الاذن سابقا
ولاحقا فكيف يتجه الاستحقاق الربح ح ومن هنا حمله بعض الناس على
ما في النصوص ولعل اقتصار المصنف على هذين الصورتين لذلك لكن لا
يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الدالة على الاعم من ذلك
وهو كل شرط خولف فيه وهو الذي جزم به غير واحد قائلا انه لا بأس بتخصيص
القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الاصحاب الا انه كما ترى ايضا
ويمكن تنزيل هذه النصوص على ارادة بقاء الاذن في المضاربة وارادة
الضمان من الاشتراط كما يومئ اليه ما في ذيل صحيح الحلبي السابق وخصوصا
ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم من
الشرط كما عساه يومئ اليه خبر رفاعة عن ابي عبد الله عليه السلام في مضارب يقول
لصاحبه ان انت اذهبتها او اكلته فانا له ضامن قال هو له ضامن
اذا خالف شرطه هذا وفي المسالك يجب تقييد المخالفة في جهة بما اذا بيع
المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعينة او يزيد فلو كان ناقصا
لا يتغابن بمثله لم يصح كما لو باع بدون ثمن المثل ومثله في جامع المقاصد و
زاد انه اذا اجاز المالك كان الثمن مضمونا قلت قد يقال بالصحة من غير
احتياج الى الاجازة لما سمعته من النصوص ان البيع صحيح مع المخالفة ولكنه

بيان بطلان المضاربة بموت كل منهما

ضامن للوضيعة ولا ريب ان محل الفرض من ذلك والله اعلم وكيف كان فموت
كل منهما يبطل المضاربة لانها في معنى الوكالة التي هي كغيرها من العقود
الجائزة نحو العارية والوديعة تنفسخ بالموت والجنون والاغماء ونحو ذلك
مما يقتضي بطلان الاذن من المالك التي هي بمنزلة الروح لهذا العقد و
شبهه بل ظاهر الاصحاب في المقام وغيره عدم تأثير اجازة الوارث او ولي
المالك في حال الجنون والاغماء لتصريحهم بالانفساخ بعروض احد هذه
العوارض فح فلا بد من تجديدها مع وارث احدهما اشتراط في الثانية

شروط الاولى من انضاض المال دراهم ودنانير وغير ذلك كما هو واضح ثم ان
كان الميت المالك وكان المال ناضاً ولا ربح اخذه الوارث وان حصل فيه ربح
اقتسماه وليس لاحد من الغرماء مزاحمة العامل في حصته كما ستعرف انه من
ملكه لها بالظهور فكان شريكاً للمالك وان كان المال عروضاً ففي المسالك
ان للعامل بيعه ان رجى الربح والا فلا وللوارث الزامه بالانضاض ان شاء
مطلقاً وفيه انه ليس للعامل البيع من دون اذن الوارث الذي قد انتقل اليه
وان رجى الربح كما انه ليس للوارث الزامه بالانضاض منهم بعد انفساخ العقد
الفهم الا ان يقال انه حق للميت فينتقل الى وارثه وان كان الميت العامل
فان كان المال ناضاً ولا ربح اخذه المالك وان كان فيه ربح دفع الى الورثة
حصتهم منه ولو كان هناك متاع واحتيج الى البيع والتنضيض فان اذن
المالك للوارث جاز والا نصب الحاكم اميناً يبيعه فان ظهر فيه ربح اوصل
حصة الوارث والا سلم الثمن للمالك والله العالم الامر الثاني في مال القراض
ومن شرطه ان يكون عيناً فلا يجوز بالدين وان يكون دراهم او دنانير
بلا خلاف اجده في شئ منه بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى ما قيل من
اصالة الفساد هنا السالمة عن معارضة اوفوا بالعقود والمؤمنون عند
شروطهم ونحو ذلك لما عرفت ارادة العقود اللازمة منه ونحو الاطلاقات
التي لم تسق لبيان ما يجوز به المضاربة وانما هي في احكام اخر دان كان لا يخ
من تامل ضرورة الاكتفاء بتجارة عن تراض ونحوه في ذلك بعد الامضاء
من دعوى عدم اطلاق صالح ولكن الامر سهل بعد الاجماع المزبور ومنه يعلم
انه لا وجه لتردد المص في القراض بالنقرة التي هي الفضة المذابة من الذهب
والفضة لتردده في عدم كونها منهما ومن هنا لم نعرف مخالفاً في
عدم الجواز بها بل ولا مترددا غير المص نعم في المسالك ربما اطلقت النقرة
على الدراهم المضروبة من غير سكة فان صح هذا الاسم كان التردد من حيث
انها قد صارت دراهم ودنانير وانما تخلف السكة وهي وصف في النقدين
ربما لا يقدح خصوصاً اذا تعومل بها على ذلك الوجه مع انه ابهم كما

ترى

الامر الثاني

معرض م

فيه جواز القراض بالنقرة

ترى بعد معلومية كون الدراهم والدينار حقيقة في المسكوك للمعاملة
وتخلف السكة قادح باعتبار اقتضائه انتفاء صدق اسم الدرهم والدينار
والتعامل بغير المنقوش او المنقوش لا للمعاملة لا يحقق الاسم المزبور ولو
سلم تحقق الاسم بناء على انه للاعم من المسكوك للمعاملة فليس ح الا الصحة وعلى
كل حال فلا وجه للتردد بعد الجزم بشرطية الدرهم والدينار والله العالم وكذا
لا تصح بالفلوس لفقد الشرط المزبور بل ولا بالدراهم المغشوش الذي يجب
كسره سواء كان فيه الغش اقل او اكثر ان المراد به المغشوش بالنسبة الى تلك
السكة في ذلك المعتبر عند في زماننا بالقلب لان المراد به ما يشمل المتعارف
في زماننا من الشاميات والشوشيات وغيرها المعلوم ما فيها من غير النقدين غير
صحة المضاربة بها ووجوب الزكوة لعدم اعتبار الخلوص في الدرهم وكذا
وانما هو القطعة المسكوكة للمعاملة سواء كان خليطاً اولا وان اتفق خلوه
في ذلك الزمان الا انه احد الافراد كهيئته السابقة وح فلا حاجة الى
ما في جامع المقاصد والمسالك من تقييد نحو عبارة المص بما اذا لم يكن متعاملا
به اي المغشوش فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة وصح
جعله مالا للقراض سواء كان الغش اقل او اكثر اذ قد عرفت ارادة المص
غيره من المغشوش ما سمعت لا نحو ذلك كما هو واضح وكذا لا تصح بالعروض
التي هي غير النقدين من المتاع مثلاً او الامتعة التي لا بد من كيل او وزن
ويكون حينئذ لا اعتبار الانتفاء الشرط المزبور كما هو واضح وكان المص ذكر
الاول ولم يستغن به عنها لما فيها من توهم الجواز باعتبار كونها مادة للدراهم
والدنانير وكونها مثلا في السكة والمعاملة فاراد تخصيصها بعدم الجواز
وان دخل فيهما في العروض على التفسير الاول والامر في ذلك سهل ولو دفع اليه
اي الى العامل آلة الصيد كالشبكة بحصة منه ثلث مثلا فاصطاد لم يكن مضاربة
قطعاً لانتفاء الشرط ولا شركة لعدم الامتزاج ولا اجارة لعدم معلومية
الاجرة فليس هي الا معاملة باطلة وح كان ما اصطاده للصائد الذي
قد حازه ولكن عليه اجرة المثل للآلة كما هو واضح نعم في المسالك وغيرها

عدم جوازها بالفلوس والورق المغشوشة

١٢ الفلوس م

ولو دفع آلة الصيد لم تكن مضاربة

الحكم بكون الصيد للصايد مبنى على عدم تصور التوكيل فى تملك المباح والا كان
الصيد لهما على حسب مانواه الصايد وقد سبق الكلام على نظيره ويبعد
بناؤه على ان العامل لم ينو بالتملك الا لنفسه لان ظاهر الحال دخوله على
الشركة وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما اجرة مثل الصايد والشبكة
بحسب ما اصابه قلت قد تقدم سابقا امكان اختصاصه بذلك وان قلنا
بصحة التوكيل بناء على عدمه فى المقام لكون الاذن قد وقعت فى العقد الفاسد
فلا اثر لها ونية الشركة مع عدم الاذن لا تجدى ودخوله فى ملكه يكفى فيه
بقصده الحيازة اى دخول الشئ فى حيازته والفرض انه قد تحقق
القصد منه فيكفى ذلك فى دخول الشئ فى ملكه وان كان من قصده الشركة
التى قد بان فسادها والله العالم ويصح القراض بالمال المشاع بلا خلاف
ولا اشكال عندنا لانه معين فى نفسه جامع لشرائط الصحة من غير
فرق بين وقوع العقد مع الشريك وغيره نعم لا بد فى مال المضاربة
ان يكون معلوم المقدار بعد معرفة الجنس للنهى عن الغرر ولعدم
معرفة الربح من رأس المال الا ان ذلك كله فى المجهول لا يؤول الى العلم
اما ما يؤول اليه ولو بالعدّ بعد وقوع العقد ونحوه فقد يشكل بناء على
تحقق عموم او اطلاق فى الباب يشمل الفرض ولو قوله تم الا ان تكون
تجارة عن تراض لعدم ما يدل على اعتبار العلم هنا او البطلان مع مثل
هذه الجهالة والنهى عن الغرر انما هو البيع اللهم الا ان يقال ان فى بعض
النصوص النهى عن الغرر فيشمل المقام بل لو سلم تحقق اطلاق فى المضاربة
يشمل محل الفرض كان التعارض من وجه والترجيح للاول بفتوى
المشهور بذلك بل وبانه لا تكفى المشاهدة فيه وان زال بها معظم الضرر
لانها ليست طريقا للعلم فيما اعتبر فيه وان حكى عن المرتضى الاكتفاء
بها فى المقام وغيره بل هو احد قولى الشيخ هنا وهو كما ترى لو سلم وجود دليل
على اعتبار العلم فى المقام ومن هنا قيل يصح مع الجهالة تصح مع الجهالة ويكون
القول قول العامل مع التنازع فى قدره بل فى المسالك انه فى المختلف

بيان صحة القراض بالمال المشاع

عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة
وقواه فى المختلف محتجا بالاصل وقوله م المؤمنون عند شروطهم ولا اثر
لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بعد ان كان القول قول العامل شرعا فى قدر
الواصل لان الاصل عدم وصول الزائد اليه والتحقيق ان لم يكن اجماع عدم
قدح الجهالة التى تؤول الى العلم نحو ان يقع العقد على ما فى الكيس مثلا ثم يعلم
بعد ذلك لاطلاق الادلة او عمومها نعم بناء على عدم عموم او اطلاق
يستند اليه فى مثل ذلك فلا ريب فى ان الاصل الفساد واما الجهالة التى لا تؤول
الى العلم فالظاهر عدم جوازها لعدم امكان تحقق الربح معها وهو روح هذه
المعاملة فتم حينئذ والله العالم وكيف كان فلو احضر مالين وقال قارضتك
باحدهما او بايهما شئت لم ينعقد بذلك قراض للابهام فى الاول المانع من
تعلق العقد فان المبهم لا وجود له فى الخارج وموقوفية العقد مع التخيير الى
حال وقوعه ولبس فى الادلة حتى الاطلاقات ما يدل على مشروعية ذلك بل لعل
الادلة قاضية بخلافه ضرورة ظهورها فى سببية العقود وعدم تاخر
اثارها عنها وجعل الخيار كاشفا عن مورد العقد من اول الامر لا دليل عليه
لكونه مخالفا للاصل ومن هنا لم يحك خلاف فى البطلان حتى من القائلين
بالجواز مع الجهالة واذا اخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن مع جهل
المالك كما فى المسالك قال لانه ح يكون واضعا يده على المال على الوجه الغير
المأذون فيه لان تسليمه اليه انما كان ليعمل فيه فكان ضامنا ونحوه فى جامع
المقاصد وفى الاول منهما هل يكون ضامنا للجميع او للقدر على مقدوره نظرا
من عدم التمييز والنهى عن اخذه على هذا الوجه ومن ان التقصير بسبب
الزائد فيختص به والاول الاقوى وربما قيل انه ان اخذ الجميع دفعة فالحكم
للاول وان اخذ مقدوره ثم اخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة
ويشكل بانه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ولا
ترجيح الان لاخذ اجزائه اذ لو ترك الاول واخذ الزيادة لم يعجز وقد صرح
فيهما بانه لو كان المالك عالما بعجزه لم يضمن لقدومه على الخطر اولان

بيان عدم انعقاده لو ردّدها بين مالين

محله علمه بذلك يقتضى الاذن له فى التوكيل ثم قال فى المسالك وحيث يثبت
الضمان لا يبطل العقد به اذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد نظراً
العجز عن التصرف فى المال وتقليبه فى التجارة وهذا يحصل حال العقد فمن
ثم فرق بين علم المالك وجهله ولو كان قادراً فتجدد العجز وجب عليه رد
الزائد عن مقدوره لوجوب حفظه وهو عاجز عنه وامكان التخلص منه
بالفسخ فلو لم يفسخ ضمن وبقى العقد قلت لعل التجدد مفروض المسئلة الفساد
من غير فرق بين حال العلم والجهل وذلك لمعلومية اعتبار قدرة العامل على
العمل فى الصحة نحو ما ذكروه فى الاجارة ضرورة تقوية التعاقد مع العاجز
عن العمل الذى هو روح هذه المعاملة فضلا عن معلومية بطلان وكالة من هو عاجز
من العمل على العمل العاجز عنه اذ هو اولى بذلك من الوصى الذى حكموا ببطلان
وصايته مع عجزه عن القيام فيما اوصى به بل الظاهر ان الحكم كذلك بتجدد العجز
فضلا عما كان حال العقد ومن ذلك يظهر لك سقوط جملة من الكلمات السابقة
بالعل عبارة المتن والقواعد كالصريح بناء على ارادة الضمان مع الصحة منها بل
يقوى البطلان حتى مع اذن المالك فى التوكيل للغير او الاستعانة فان ذلك
فرع صحة العقد الذى قد عرفت اعتبار قدرة العامل على العمل المعقود عليه
بنفسه وان لم يشترط عليه المباشرة على انه لو اكتفى بذلك فى الصحة لم يكن
للضمان حينئذ وجه ضرورة اقتضاء صحة العقد عدم الضمان الا ما خرج
كما هو واضح والله العالم ولو كان له فى يد غاصب مثلا مال فقارضه عليه
صح ولم يبطل الضمان السابق الا على السالم عن معارضة وقوع عقد القراض
الذى لا يلزمه عدم الضمان بل يجامعه فى كثير من المقامات والظهور قوله
حتى يؤديه فى بقاء الضمان الى حال التأدية التى ليس وقوع عقد القراض
منها لكون المعين فى عقد القراض امانة فلا ينافى الضمان من جهة اخرى
ورفع اليد عن الغصب ليس وصولا الى يد المالك لكن قد تقدم فى كتاب
الرهن ما يحقق ذلك على وجه يعلم منه قوة عدم الضمان ولو من جهة
اقتضاء العقد الاذن فى دوام القبض وما فى المسالك من انه مجرد العقد

بيان صحة الضمان بالمال الذى فى يد الغاصب

لا يقتضى ذلك وانما يحصل الاذن بامر آخر ولو حصل زال الضمان واضعف
وان حكى عن العلامة فى التذكرة مستظهراً لذلك انه لو كان ان يكون المال
فى يد العامل ليس بشرط فى صحة القراض فلو قال المالك انا اتى المال فى يدى
وادفع الثمن كلما اشتريت متاعاً صح الا انه كما ترى ضرورة عدم منافات
ذلك على تقدير تسليمه لاقتضاء اطلاق العقد ذلك كضرورة المكابرة فى عدم
دلالة اطلاق العقد على الاذن فى البقاء والعمل به وتقليبه فانه اذا لم يكن
كذلك لم يبرح فى صورة ما اذا اشترى به ودفع المال الى البائع التى حكم هو
وغيره بل فى المسالك الاجماع عليه بانه متى فعل ذلك برئ من الضمان لانه قد قضى
دينه اى المالك باذنه ضرورة طرحه ذلك فى تحقق الاذن منه التى هو قد
اعترف صريحاً بعد ذلك فى كلامه بزوال الضمان معها حتى انه حكى عن بعضهم
القول بالعدم وضعفه بانه توكيل محض وان كان له فى القبض مصلحة اذ هو
كالوكيل بجعل وبذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع اطرافه واما القول
بعدم الضمان معها ايضاً ففيه منافاً الى ما سمعته انه اداء اليه ضرورة
دخوله بذلك تحت سلطانه الذى هو معنى اليد وان اردت زيادة التحقيق
فى ذلك فلاحظ ما سلف لنا فى كتاب الرهن والله العالم ولو كان له دين لم يجز
ان يجعله مضاربة الا بعد قبضه بلا خلاف ولا اشكال لما عرفت من
اعتبار العينية فى مال القراض المنافية للدينية وكذا لو اذن للعامل فى
قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد بعد القبض اذ هو لم يخرج بالاذن عن كونه
ديناً نعم لو وكله على القبض ثم العقد عليه قراضاً فيكون موجباً قابلاً عنه
صح بناء على جواز مثل ذلك وفى المسالك ان فى قول المصنف ما لم الخ اشارة الى صحة
القبض وان كان مترتباً على عقد فاسد وفيه انه يمكن ذلك مبنياً على
اجازة القبض عنه بعد وقوعه على ان ظاهر العبارة فرض التصريح
بالاذن مستقلا لا المستفادة من العقد الفاسد والامر سهل تفريع لو قال
بع هذه السلعة فاذا نض ثمنها فهو قراض لم يصح لان المال الذى هو الثمن
ليس بمملوك عند العقد ضرورة عدم دخوله فى الملك فضلا وقوع البيع

فيه عدم صحة القراض بالدين

بيان بطلان عقدها بموت رب المال

على انه مجهول بل التعليق محقق فلا اشكال في الفساد خلافا للمحكي عن بعض العامة من الجواز ولا ريب في فساده ولو مات رب المال وبالمال متاع فاقره الوارث لم يصح لان العقد الاول بطل بالموت وليس هو فضوليا بالنسبة الى الوارث الذي لم يكن له علقة بالمال حال العقد بوجه من الوجوه وبذلك افترق عن اجارة البطن الاول العين الموقوفة مدة زادت على حيوتهم فان الاجارة تصح باجازة البطن الثاني لتعلق حق لهم من كونه فالاجارة على المدة الزائدة فضولية في الامر لهم وان لم يعلم بها حال العقد بخلاف المقام الذي هو ابتداء ملك للوارث بالموت نعم فالمدار في الفضولية كون المعقود عليه حال العقد للغير ولكن الفضولي اجرى العقد عليه بخلاف نحو المقام الذي هو للمالك ولكن بالموت ينتقل عنه الى وارثه فليس هو في عقده على ماله فضولا عن الغير الذي لا مدخلية له حال العقد وكذا اجارة الانسان ماله مدة مات في اثنائها بناء على انفساخ الاجارة فانه لا يجدي في صحة الاستمرار اجازة الوارث نعم تجدي اجازة الوارث في مثل الوصية التي هي تصرف بعد الموت الذي هو محل تعلق حق الوارث نعم في مثل التنجيز في المرض الذي تعلق فيه حق الوارث وصحة الاجازة في الاول قبل الموت انما هو للدليل على انه في التصرف بعده وكذا الثاني الذي قد عرفت الحق فيه وهو واضح بل لا يصح ابتداء القراض في الفرض الذي قد عرفت امتزاج المال فيه بالعروض نعم لو فرض كون المال ناضا واراد التجديد عليه لم يكن به بأس حتى اذا كان بلفظ التقرير لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاص في مثل هذا العقد والله العالم ولو

تحكيم قول العامل في بعض صور الاختلاف

اختلفا في قدر راس المال فالقول قول العامل سواء كان المال باقيا او تالفا بتفريط او غيره لانه اختلاف في المقبوض والحاصل اليه الداخل تحت سلطانه ايا المتصرف فيه ولا ريب في ان الاصل عدم ذلك بالنسبة الى الزايد بل هو في صورة التلف بتفريط غارم محض والاصل برائة ذمته فيكون هو المنكر بل ظاهر المتن وغيره ان ذلك كذلك حتى

لو فرض ظهور ربح لذلك ايضا لكن قد يشكل ح بان ذلك يؤل من العامل الى دعوى زيادة استحقاقه في المال المشخص بل ذلك في الحقيقة اختلاف في قدر استحقاق العامل في المال المخصوص ولا ريب في ان القول قول المالك فيه لاصالة عدم استحقاقه الزائد واصالة عدم الربح للمال وعدم زيادته و لان الاصل مع بقاء المال يقتضي كون جميعه للمالك بل هو كذلك حتى في صورة التلف بتفريط اذ المضمون قدره مال للمالك واذا كان الاصل يقتضي كون الجميع له الا ما اقر به للعامل فهو ضامن له ح اذ الضمان تابع للاستحقاق ومن هنا جزم في جامع المقاصد والمسالك بان القول قول المالك في الفرض و استحسنه في الرياض ولعله الاقوى ومنه يعلم ما عن فخر المحققين من ان القول قول المالك الا مع التلف بتفريط اذ لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه

فيه تضمين المال للعامل لو خلطه [illegible]

ولو خلط العامل مال القراض بغير اذن المالك خلطا لا يتميز ضمن لانه تصرف غير مشروع له ضرورة كونه امانة في يده فلا يجوز خلطها كالوديعة على ان الشركة عيب نعم لا يبطل العقد بذلك فيبقى الربح ح بينهما على حسب الشرط وان اثم بذلك العامل وضمن هذا كله مع اطلاق العقد اما مع الاذن في ذلك عموما او خصوصا فلا بأس به مع المصلحة في الاخير كما هو واضح الامر الثالث في الربح تلزم الحصة منه بالشرط في هذه المعاملة ان نصفا فنصف وان ثلثا فثلث دون الاجرة على الاصح الموافق لما هو المشهور بل المجمع عليه من مشروعيتها المدلول عليها بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض وغيره وبالمتواتر من السنة المروية من الطرفين فما عن المقنعة والشيخ في النهاية وسلار وابن البراج وظاهر ابي الصلاح من عدم مشروعيتها فليس للعامل ح الا اجرة المثل وان وقع من المالك اشتراط الحصة من الربح الا انه من الوعد الذي لا يجب الوفاء به معلوم البطلان واضح الفساد نعم لابد ان يكون جميع الربح مشاعا على جهة الشركة بينهما فلو كان لاحدهما شيء معين منه والباقي للآخر بطل اجماعا وكذا لو قال خذه قراضا والربح لي فسد قراضا وان كان يمكن هنا ان يجعله بضاعة نظرا الى المعنى

الامر الثالث

اذ قد عرفت انما المالك لمدفوع ليعمل به على ان الربح لمالكه بلا اجرة للعامل فهي
توكيل في التجارة تبرعاً لا تختص بلفظ فمنه اللفظ المزبور وان ذكر فيه لفظ القراض
الا انه يمكن ارادة البضاعة ولو مجازاً فانه اولى من الغائه ولكن مع ذلك فيه تردد
من ذلك ومن ظهور اللفظ في ارادة المعنى الحقيقي الذي هو اعم من الصحيح والفاسد
وهو غير معنى البضاعة الذي هو الاقدام على التبرع في العمل وليس في الفرض ما يشعر
بذلك بوجه فدعوى انها متعينة واضحة الفساد كدعوى كون اللفظ لغواً
ولذا تردد لو قال خذه قراضاً والربح لك بين صيرورته قرضاً فالربح كله للعامل
وبين كونه قراضاً فاسداً فالربح كله للمالك وعليه الاجرة للعامل الا انك قد عرفت
ما يقوى منه كونه قراضاً فاسداً كما هو ممكن الآن تقوم قرينة حالية او مقالية
على ارادة الاقدام على التبرع في الاول وانشاء التمليك للمال في الثاني وكانه لمح الى
ذلك في المسالك بقوله هذا محل الاشكال اذا لم يقصد القرض ولا القراض اما بان
لم يقصد شيئاً او لم يعلم ما قصد والا كان قرضاً في الاول وقراضاً فاسداً في الثاني
بغير اشكال لكن لا يخفى عليك انه لا دلالة على العقد القصد الا بظاهر اللفظ
الصادر من اللافظ والفرض صدور لفظ القراض منه والمساق من اللفظ
حقيقته فليس ح الا الحكم عليه بارادة القسم الفاسد منه نعم بناء على اعتبار الشركة
في الربح في مفهوم القراض يتجه احتمال ارادة التجوز منه بارادة البضاعة و
القرض الا ان الظاهر اعتبار ذلك في الصحة لا المفهوم مع الاغضاء عن ذلك
كله فالاصل احترام عمل المسلم والاصل تبعية النماء للمال وعدم انشاء التمليك
بعوض في الذمة وبذلك يظهر لك ما في قول بعض اما لو قال خذه فاتجر به فالربح
لي كان بضاعة ولو قال والربح لك كان قرضاً ضرورة عدم الفرق بين هذا
وبين ما تقدم الا بعدم وجود لفظ القراض فيه ولكن ذلك لا يعين ارادة
القرض والبضاعة منه الا بدعوى انصراف الاطلاق اليهما او حمله
عليهما ولولا اصالة الصحة كما هو ظاهر المسالك الا انها لا تمنعها نعم لو
قصد القرض والبضاعة منه اتجه بل لا اشكال في جريان
القراض الفاسد عليه اذا قصد به فان التصريح بالقراض ونحوه

بيان اختلاف بنائه باختلاف التعلق

في العقد ليس بشرط بعد صلاحية العقد له ولو اختلفا في العقد فعن بعض
في المسالك احتمل تقديم المالك لانه اعرف به والعامل نظراً الى ظاهر اللفظ
وترجيحاً للصحة ولو اختلفا في ضميمة اللفظ قدم قول المدعي ما يصح معه العقد
لاصالة الصحة وعدم الضميمة قلت لا يخفى عليك عدم اتيان كلا الوجهين بعد
تسليم كون ظاهر اللفظ ذلك ضرورة عدم وجه لمن يدعي خلاف الظاهر
بلا قرينة والاتم من ذلك فساد كثير كما انه لا يخفى عليك عدم كون ما نحن فيه
من مقام مدعي الصحة والفساد ضرورة عدم اتفاقهما على حصول الحقيقة
المخصوصة بينهما واختلافهما في الصحة والفساد كي يقدم مدعيها على مدعي خلافها
وانما اختلافهما في ان الواقع بينهما قراض فاسد او بضاعة صحيحة نحو الاختلاف
في ان الواقع بينهما بيع فاسد او اجارة صحيحة ولعل الوجه في مثله التحالف
فلم يثبت العقد الصحيح ح لمدعيه ويبقى على الاصل الذي قد عرفت اتحاده
في الحكم مع القراض الفاسد لقاعدة احترام عمل المسلم وتبعية النماء
اللهم الا ان يق ان اصالة الصحة ايضاً تجري في نحو الفرض باعتبار
اتفاقهما على كون الواقع بينهما احدهما والفاسد منهما ينفى بالاصل فليس ح
الا الصحيح او يق ان محل الفرض في عبارة المسالك الاختلاف في ضميمة
اللفظ المقتضي للفساد وعدمها ولا ريب في موافقة الثاني للاصل نعم
قد عرفت الاشكال في الصحة مع عدم اللفظ الا ان يدعى استفادة
ذلك من نحو اللفظ عرفاً وهو كما ترى خصوصاً بعد ما عرفت من اقتضاء
الاصول مع الشك فيتجه القراض الفاسد والله العالم ولو شرط احدهما
شيئاً معيناً والباقي بينهما فسد لا لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق
الشركة بل لعدم ثبوت ما يدل على الصحة في الفرض ضرورة اقتضاء
النص والفتوى على صحة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما على جهة
الاشاعة نحو النصف والثلث والربع وما يؤدي مؤداها ومنها ينقدح
الشك في تناول الاطلاقات مع قطع النظر عن ظهور المنصوص في
البطلان ولو اظهورها في اعتبار الشركة الاشاعية في جميع الربح فضلاً

بيان فسادها ببعض الشروط

عن صريح الفتاوى فح يبطل القرض وان وثق بالزيادة لعدم اشتراك
جميع الربح بينهما ح بعد اختصاص احدهما بشئ معين منه كما هو واضح ولو
قال خذه على النصف صح لتبادر كون المراد من مثل هذه العبارة ان الربح
بينهما نصفين لان المالك لا يفتقر الى تعيين حصة للتبعية وانما يفتقر
اليها العامل الذى قد ذكر ان النصف له فائدة المحتاج الى الاشتراك فما
نظر فيه فى المسالك بانه كما يحتمل ذلك يحتمل ان يكون النصف المذكور للمالك
والآخر لم يذكره انكالا على التبعية فيبطل العقد ح لافتقاده الى تعيين حصة
لا يقتضى كون اللفظ المشترك محمولا عليه وان كان لا يخ من نظر خصوصا
بعد ما سلف منه من امكان تخصيص اصالة الصحة بحو ذلك الا انه يستعمل
الخطب ما عرفته من تبادر المعنى المزبور من غير اختصاص لاحدهما و
كذا لو قال خذه على ان الربح بيننا للتبادر المذكور ومن هنا لو اتفقا على ذكر
ذلك واختلفا بالتفاوت يقضى بالربح بينهما نصفين كما فى كل مقام ذكر
فيه لفظ الاشتراك او ما يؤدى مؤداه فى الاقرار وغيره فانه يفهم
عرفا منه مع الاطلاق التساوى فما عن بعض الشافعية من الحكم بالبطلان
لمنع التبادر المزبور فيجهل العقد واضح الفساد والله العالم ولو قال خذه
على ان لك النصف صح ولو قال على ان لى النصف واقتصر لم يصح لانه
لم يبين للعامل حصة وقد قيل فى وجه الفرق ان الربح لما كان تابعا للمال و
كونه للمالك لم يفتقر الى تعيين حصة فان عينها كان تاكيدا واما تعيين
حصة العامل فلا بد منه لعدم استحقاقها بدونه فاذا قال النصف لك
كان تعيينا لحصة العامل وبقى الباقى على حكم الاصل بخلاف العكس فانه
لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره بل هو باق على حكم الاصل فح
فيبطل العقد قلت قد يمنع ذلك بدعوى انسياق ارادة كون الربح بينهما
نصفين من نحو هذه العبارة عرفا من غير فرق بين ذكر النصف للمالك
او للعامل فان المراد النصف الآخر للآخر كما هو واضح ولو شرط لغلامه
او غلام العامل حصة معهما صح عمل الغلام ام لم يعمل بناء على ان العبد لا

فيه ايضا كسابقه من الاختلاف بالمتعلق

لابالمله

لا يملك شيئا فاشتراطها له اشتراط لسيده والفرض انه احدهما ويجوز تساويهما
فى الحصة وتفاوتهما نعم بناء على ملكه يتجه فيه ما سمعته من الاشتراط للاجنبى
لكن قد يناقش بعدم دلالة الشرط ح الاشتراط للعقد على ارادة الاشتراط للسيد
لعدم قابلية العبد للملك لا يصلح قرينة لذلك على انه يمكن فرض العالم بعدم
ارادة ذلك والمتجه ح فيه البطلان الا ان الانصاف امكان دعوى الانسياق
عرفا لارادة المالك على نحو الاشتراط للدابة او السفينة واما لو شرط لاجنبى
ولو كان ذا حادما لاحدهما فان شرط انه كان عاملا صح الشرط لانه ح يكون بمنزلة
العامل المتعدد وان لم يكن عاملا فسد لان الثابت من القراض ما كان تمام
الربح فيه مشتركا بين المالك والعامل هذا ولكن فى المسالك لا بد من ضبط العمل
بما يرفع الجهالة وكونه من اعمال التجارة لئلا يتجاوز مقتضاها وانما وصفه
بالاجنبى مع كونه عاملا لان المراد بالعامل هنا من يكون اليه التصرف فى
جميع ما يقتضيه العقد وهذا المشروط له ليس كذلك وانما اشترط عليه عمل
مخصوص بان يحمل المتاع الى السوق او يدل عليه ونحوه من الاعمال الجزئية
المضبوطة فلو جعل عاملا فى جميع الاعمال كان العامل الذى هو احد اركان العقد
متعددا وهو غير محل الفرض وبهذا يندفع ما قيل من ان شرط العامل ينافى
كونه اجنبيا قلت قد يقال ان ظاهر النصوص او المتيقن منها كون الربح فى القراض
بين المقارض والمقارض والعامل المذكور ان فرض كونه مقارضا صار
من تعدد العامل وهو غير ما نحن فيه ولذا اعتبر فيه تعيين العمل الذى
لا يعتبر مع فرض كونه مقارضا والا كان اجنبيا لا يجوز الشرط له وان
عمل بعض مقدمات التجارة فان ذلك لا يجعله عاملا بمعنى كونه مضاربا والا
لجاز الشرط مع العمل لغير التجارة بل مع عدم العمل اصلا ضرورة اشتراك الجميع
فى الصحيح بناء على انه الاشتراط المزبور ومن ذلك يعلم ما فى قول المص وفيه
وجه آخر بناء على انه ما حكاه فى المسالك من صحة الشرط له وان لم يعمل
لعموم المؤمنون وما اوفوا وان المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل رجوعا الى
اصله لئلا يخالف مقتضى العقد ولا اقدام على العامل على انه له ما عين له

بيان صحة الشرط فى بعض الاحوال

خاصة اذ قد عرفت ان ظاهر النصوص او الثابت فيها ما سمعت على وجه
لا يعارضه العموم المزبور بناء على شموله لمثل المقام والله العالم ولو قال
خذه قراضا ولك نصف ربحه صح بلا خلاف ولا اشكال وانما ذكره مقدمة
لقوله وكذا لو قال الربح نصفه بناء على ارادة نصف الربح من المال قل او كثر
اذ هو حينئذ كالاول في المراد وان تغيرت العبارة وذلك لان الغرض اشاعة
النصف في كل جزء من المال اذا ربح فنصف ربحه للعامل ونصفه للمالك ولو
فرض كونه للنصف خاصة كان ذلك هو المال والذي لم يربح لا اعتداد
به ولكل جزء من النصف الذي ربح بين المالك والعامل لما عرفت من الاشاعة
المزبورة ومنه يظهر لك ان ما عن احمد فعلا من البطلان واضح الضعف
بناء على ارادته ما فرضناه وظني انه لا يريده خصوصا بعد تعليله البطلان
عنا فانه لمقتضى القراض من ان ربح كل جزء بينهما وهنا قد شرط ربح
النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل والآخر بالعكس وربما ربح
نصفه فيختص به احدهما او ربح اكثر من النصف فلا تكون الحصة معلومة
ضرورة ظهوره من فرض موضوع البطلان ان حصة كل منهما في النصف
من حيث النصفية ولا ريب في البطلان مع هذا القصد وربما كان ذلك
هو المنساق في بادي النظر من مثل اللفظ المزبور الا ان التامل الصادق
يقضي بارادة ما ذكرناه اولا منه والله العالم ولو قال لاثنين مثلا ضاربا
بهذا المال مثلا ولكما نصف الربح مثلا صح لاطلاق الادلة والسيرة ولفظ
العامل في النصوص يراد منه الجنس الشامل لما زاد على الواحد او المثال
كالمالك فانه لا يعتبر فيه الاتحاد ايضا فيجوز مضاربة الاثنين لواحد مثلا
كما انه يجوز في الصورتين تمييز كل من مال العاملين وعدمه وبذلك
ظهر لك الحكم الصور المتصورة في المقام كما انه ظهر لك مما تقدم سابقا انه
لو وقع عقد المضاربة مع العاملين على النحو الذي فرضناه صح وكانا فيه اي
النصف سواء لما عرفت من اقتضاء الاطلاق ذلك ولو التساوي نعم لو فضل
احدهما على الآخر ايضا وان كان عملهما سواء او مختلفا لانه غايته اشتراط

فيه صحة الشرط لو قال لك نصف ربحه

فيه ايضا كالسابقة

حصة

حصة قليلة لصاحب العمل الكثير والحصة على الشرط مع ضبط مقدارها و
لان عقد الواحد مع الاثنين كعقدين فيصح كما لو قارض احدهما في نصف المال
بنصف الربح والآخر في نصفه الآخر بثلث الربح فانه جائز اتفاقا كما في المسالك
خلافا لبعض العامة حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل
قياسا على اقتضاء شركة الابدان ذلك والاصل والفرع عندنا باطلان لبطلان
ما يحكى عن الجويني منهم من اعتبار الاستقلال لكل من العاملين في صحة مضاربتهما
فلا يجوز اشتراط مراجعة احدهما الآخر اذ هو كما ترى لا مستند له بل اطلاق
الادلة على خلافه انما الكلام في جملة من الفروع المتعلقة بالمسألتين التي لم
نعثر على محرر لها منها ما لو اتفق فسخ المضاربة بفاسخ قهري او اختياري
وكان احدهما قد عمل وربح والآخر لم يعمل فهل يستحق حصة من الربح وان لم يكن
له مال ولا عمل ومنها ما لو قارض الاثنان واحدا بعقد واحد وحصة مشاعة
منهما الا ان مال كل منهما يتميز فعمل باحدهما وربح ولم يعمل بالآخر او عمل ولم يربح و
اتفق انفساخ المضاربة فهل يستحق من لم يربح ماله ربح مال الآخر وهل يجبر خسارة
مال احدهما بربح مال الآخر باعتبار اتحاد عقد المضاربة اولا بل هي بمنزلة متعدد
يلحق كل منها حكمها بالنسبة الى ذلك من غير مدخلية للاخرى فيها وانما
الاتحاد يؤثر بالنسبة الى سراية الفسخ او الانفساخ من احدهما الى الآخر لكون العقد
واحدا فلا يتبعض وان كان الذي يقوى في هذا الثاني كما ان الذي يقوى
في سابقه الاول لانه مقتضى عقد المضاربة المغني ذلك من الفروع في
المقام التي تلحق الصور المتصورة فيه باعتبار تعدد المالك والعامل واتحاد
المال وتعدده ومنشأ الاشكال في الجميع اتحاد صيغة المضاربة فتأمل والله العالم
ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك بيمينه عند علمائنا كما
في التذكرة لانه منكر للزائد ولان الاصل تبعية النماء للمال فلا يخرج عنه
الا ما اقر المالك بخروجه عنه من غير فرق في ذلك بين ظهور الربح و
عدمه لكن في جامع المقاصد هذا واضح ان كان الاختلاف قبل حصول الربح
لان المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد واما بعد حصوله فاشكال

بيان حكم الاختلاف وبناء الحكم عليه

منهما مدعٍ ومدعى عليه فانّ المالك يدعي استحقاق العامل الصادر بالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك وضعفه في المسالك بانّ نفس العمل لا تتناوله الدعوى لانه بعد انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه وكذا قبله لانّ العقد الجائز لا يستحق به العمل انما المستحق المال الذي اصله للمالك وحقيقة النزاع فيه فيجري ما تقدم من الاصول قلت اولاً قد يتصور النزاع قبل ظهور الربح فيما لو اتفق لزوم المضاربة ولو بالاشتراط في عقد لازم وح تتجه دعوى المالك وثانياً انه لا ريب في ان كلاً منهما مدعٍ منكر اذا كان نزاعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة ضرورة اقتضاء الاصل عدم كل من التشخيصين نعم بعد تعارض الاصول في ذلك يرجع الى اصل آخر ولا ريب في كونه مع المالك لانّ الاصل عدم استحقاق العامل الزائد نحو ما ذكروه في الاختلاف في الاجرة في عقد الاجارة والثمن في المبيع مع تلف عين المبيع وغير ذلك من المقامات التي حكموا فيها بانّ القول قول المالك بل ظهر لك ح اولوية ذلك في حال ظهور الربح واما حال عدمه ولا نزاع للزوم العقد فانه وان كان قد يقال ان المالك ح مدعٍ استحقاق العمل لكن قد يدفع بانهما قد اتفقا على استحقاقه وانما النزاع في الحصة كالاجرة ولا ريب في انّ المدعي زيادتها هو المدعي بعد قطع النظر عن النزاع في تشخيص العقد المتضمن لها والله العالم ولو دفع قراضاً في مرض الموت وشرط ربحاً صح وملك العامل الحصة وان كانت ازيد من اجرة المثل وقلنا بانّ التبرعات من الثلث لكن من المعلوم ان ذلك فيما اذا فات سببها على الوارث بخلاف المقام الذي لا فوات فانّ الربح امر معدوم متوقع الحصول وليس مالاً للمريض بل هو على تقدير حصوله امر جديد يحصل بسعي العامل وحدث على ملكه بعد العقد فلم يكن للوارث فيه اعتراض وبذلك افترق عن مثل نماء الدابة والشجرة ولو قال العامل ربحت كذا ورجع لم يقبل رجوعه وكذا لو ادعى الغلط لسبق اقراره الماضي عليه بقاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز وقاعدة عدم سماع الانكار بعد الاقرار السالمتين عن معارضة قاعدة سماع الامين في كل ما يدعيه بعد عدم ثبوت هذا العموم فيها وانما

بيان حكم القراض لو وقع في مرض الموت

الثالث

الثالث المسلم منها ما لم يسبق باقرار على فرض العموم المزبور يمكن ترجيح قاعدة الاقرار عليها فتخص بها ح بل قد يقال ان ما نحن فيه من تقديم احد قولي الامين على الآخر وعلى كل حال فلا ريب في تقديم اقراره السابق من غير فرق في ذلك بين ذكره وجهاً له محتملاً وعدمه خلافاً للبعض العامة بل ظاهر قول المصنف وغيره لم يقبل عدم سماع بينته على ذلك لكونه مكذباً لها باقراره السابق وعموم البينة على المدعي انما هو ظاهر في كون الدعوى مسموعة لا ما اذا اسقطها الخصم بقاعدة الاقرار فيبقى ح شهادة البينة نفسها بلا دعوى ولا ريب في تقديم قوله المخالف لها عليها لعدم ثبوت حجيتها في هذا الحال خصوصاً بعد ان كان المشهود به حقاً فلا ريب في تقديم قوله فيه فتامل هذا كله اذا كان ذلك منه رجوعاً او دعوى غلط او نحو ذلك اما لو قال ثم خسرت او قال ثم تلف الربح قبل لانه امين يصدق في بالنسبة الى ذلك نعم قيده في التذكرة فيما اذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل بان عرض في السوق كساد والا لم يقبل ولا بأس به والعامل يملك حصته من الربح بظهوره ملكاً متزلزلاً ولا يتوقف ذلك على وجوده ناضاً على المعظم بين الاصحاب بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه منا كما في المسالك بل لعله ظاهر كونه ايضاً لاتفاق اقتضاء العقد والنص والفتوى على كون الربح بينهما ولا ريب في تحققه بمجرد ظهوره لغة وعرفاً وخصوص الصحيح رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهماً واحداً انعتق واستسعى في مال الرجل اذ لو لم يكن مالكاً للحصة بالظهور لم ينعتق فلا وجه ح لذلك الا دخول الحصة في ملكه وسريان العتق في الباقي كما هو القاعدة فيه ولانّ الربح مع ظهوره مملوك فلا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقاً ولا يثبت احكام الملك في حصته فيلزم ان يكون العامل اذ لا مالك غيرهما اتفاقاً ولان العامل يملك المطالبة بالقسمة التي هي فرع الملك اذ لا يكفي في استحقاقها مجرد العلقة لانها ح ليست قسمة حقيقية واطلاقهم يقتضي انها حقيقية لكن مع ذلك كله حكي عن الفخر عن والده ان في المسألة اربعة اقوال وان كان لم يذكر القائل لها احدها ما سمعت والثاني الملك بالانضاض لانه قبله غير موجود

[illegible] الربح

خارجًا بل مقدّر موهوم والمملوك لابدّ وان يكون محقّق الوجود ثم الظهور
موجب للاستحقاق الملك بعد التحقق فلهذا يورث عنه ويضمن حصته من
اتلف المال وان كان المالك الثالث الملك بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان حصة
الخاسرة بعد ذلك شائعًا في المال كسائر الاموال المشتركة والتالي باطل لانحصاره
في الربح ولانه لو ملك لاختص بربحه ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها
غير مضبوط فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كمال الجعالة الرابع ان القسمة
كاشفة عن ملك العامل لان القسمة ليست من الاسباب المملكة والمقتضي للملك
انما هو العمل وهو دالّة على تمام العمل الموجب للملك لكن في المسالك عن التذكرة انه لم
يذكر عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الاولين وجعل
الثاني للشافعي في احد قوليه ولاحمد في احد الروايتين واتفقا في الباقي
على الاول فلا ندري لمن تنسب اليه هذه الاقوال وهي مع ذلك ضعيفة
المأخذ فانا لا نسلم ان الربح قبل الانضاض غير موجود لان المال غير منحصر
في النقد فاذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال
والزائد ربح محقق الوجود ولو سلم انه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه
ملكًا فان الدين مملوك وهو غير موجود في الخارج بل هو في الذمة امر
كلّي هذا ما على الثاني والثالث انه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على
الشياع لجواز ان يكون مالكًا ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال فيكون ملك
متزلزلًا واستقراره مشروط بالسلامة وكذا لا منافاة بين ملك الحصة
وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك ولانه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من
الربح اكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ولان القسمة
ليست من العمل في شيء فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك فلا وجه لالحاق
بالجعالة كما نبّه عليه في وجه الرابع ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف
الرابع لانه مترتب عليها وقد تبع بذلك علمًا او اكثر ما في التذكرة وجامع
المقاصد الا ان الاتفاق على عدم خلو المسألة من اشكال ان لم يكن اجماعًا و
ذلك لان الربح حقيقة ما زاد على عين الاصل الذي هو رأس المال وقيمة شيء

امر وهمي لا وجود له ذمة ولا خارجًا وانما هو من فروض الذهن وبذلك افترق
عن الدين الذي هو وان كان كليًّا الا انه مال شرعًا وعرفًا موجود في الذمة
بخلاف قيمة الشيء وعدم انحصار المال في النقد بل هو والعوض مال لا يقتضي
تحقق الربح حقيقة بعد ما عرفت ان حقيقة الزائد على عين رأس المال المتوقف
على تحقق رأس المال في الخارج ولا يكفي فيه كون الشيء يسوى مقدار رأس المال ضرورة
عدم صيرورته بذلك عين رأس المال نعم قد يطلق على مثل ذلك انه ربح تسامحًا بناءً
على اصل السلامة وامكان الانضاض في سائر الاوقات ونحو ذلك مما يخرجه
السابق وربما يرشد من القوة الى الفعل حيث كانت قريبة اليه اطلق عليه
اسم الربح وبذلك يظهر لك سقوط جملة من الادلة السابقة المبنية على كون
ذلك ربحًا حقيقة وطلب القسمة حقيقة انما يتم بعد رضا المالك بالعروض
عوضًا من رأس ماله وهو خروج عما نحن فيه نعم لا بأس ان يقال انه بالظهور
ملك العامل ان يملك بمعنى ان له الانضاض ولو بقدر رأس المال فيتحقق الربح
ويتبعه تحقق الملك وبه يورث ويضمن التالف له وغير ذلك فان اراد
ارباب الاصحاب بالملك حال الظهور هذا المعنى الذي لا ينافيه قواعد الشركة ولا
له قاعدة تبعية النماء ولا غير ذلك كان متجهًا والا فقد عرفت ما فيه ان
لم يكن اجماعًا بل لعل الوجه في خبر عتق الاب ذلك ايضًا بناءً على الاكتفاء بمثل
ذلك في العتق المبني على السراية فان ملك ان يملك جزءًا من الاب ايضًا موجب
كالملك نفسه فتأمل جيدًا فان المسألة محتاجة الى التأمل وحسن انتقاد وكيف
كان فقد صرح غير واحد من الاصحاب القائلين بالملك بالظهور ان المراد به
ملك متزلزل بل لعله اجماع بينهم وح فالكلام فيما يستقر به وفي المسالك هو اما
انضاض جميع المال او انضاض قدر رأس المال مع الفسخ او القسمة او لا معها
على قول قوي وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف او خسران سواء كان
الربح والخسران في مرة واحدة او مرتين او في صفقة او اثنتين او في سفرة
ام سفرات لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في زمن ذلك العقد فاذا
لم يفضل شيء فلا ربح وهو محل وفاق وسيأتي بعض احكام ذلك وفي القواعد

تحقيق انيق و
كلام رشيق

وانما يستقر بالقسمة او الانضاض والفسخ قبل القسمة وتفصيل الحال ان في المسئلة
صوراً وذلك لانه اما ينضم الى الظهور انضاض جميع المال او قدر رأس المال مع
الفسخ والقسمة او احدهما او بدونهما او ينضم اليه القسمة دون الانضاض ثم
القسمة اما للربح فقط او لجميع المال الاولى ان ينضم الى الظهور الانضاض لجميع
المال او قدر رأس المال فقط مع الفسخ او القسمة ولا ريب في الاستقرار حينئذ لانتهاء ورد
انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك الثانية الصورة بحالها لكن
مع عدم القسمة وفيه وجهان وجههما في جامع المقاصد وتقويتهما في التذكرة
ومختارهما في ظاهر القواعد الاستقرار لان العقد قد ارتفع ورأس المال
حاصل ناض فيخرج عن كونه وقاية لارتفاع حكم القراض بارتفاع العقد
ولوجوب صرف الربح الى ما شرطاه حينئذ ارتفع العقد والثاني العدم للاستصحاب
ولظاهر قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولعله لذلك تردد الفاضل في
محكي التحرير لكن قد يجاب عنهما بحصول الناقل من الاول بارتفاع العقد
المقتضي لخروج المال عن كونه مال قراض فيبقى امانة لان اليد فيه لا على
لم تكن يد ضمان فيبقى حكم جبرانه من الربح لانه دائم مع كونه قراضاً وبان
وضع اليد على مال الغير وان كان في العهدة الى الاداء الا انه لا يلزم منه
خسران الثالث بغير تقصير من الربح في صورة النزاع والا لانتقض بما
بعد القسمة قبل القبض وفيه منع ارتفاع صدق اسم القراض عليه وان
ارتفع بالفسخ صدق كون العامل مقارضاً والادلة مطلقة ان الوضيعة
في مال المضاربة على الربح الذي هو بينهما مع عدمهما فالمتجه بقاء حكم
المضاربة ما لها خصوصاً مع فرض عدم نضاض بعض مالها وقلنا بان فيه تشقيق الحكم على الصور الثلث
للمالك مطالبة العامل بذلك اذ هو ليس لبقاء حكم العقد السابق وان انفسخ
وربما يرشد الى ذلك ما نسمعه في الصورة الثالثة بل قد يقوى انه لم يسلم رأس
المال الى المالك الذي اخذه منه من انتهاء عمل المضاربة والا لزم عدم كون
الخسران من الربح فيما لو نض المال اجمع في بلد العامل التي سافر اليها وفسخ ثم علم
هو عقد المضاربة ثم تلف بعض المال قبل الوصول الى المالك والتزامه منا

لظاهر الادلة الى غير ذلك مما لا يخفى بادنى تامل كزيادة قيم عروض المضاربة
قبل القسمة وقبل الوصول فان الظاهر استحقاق العامل فيها على شرطه في عقد
المضاربة وغير ذلك مما يعرف من قوة الوجه الثاني والله العالم الثالثة ان يقع الفسخ بيان ما لو وقع الفسخ والمال كله عروض
والمال عروض كلا او بعضه بحيث لم ينض رأس المال فان حصلت القسمة مع ذلك
حصل الاستقرار لانقطاع حكم القراض والا ابتنى على ان العامل هل يجبر على البيع
والانضاض فان قلنا به فحكم القراض باق لبقاء العمل وان قلنا بالعدم فوجهان
كالوجهين السابقين في الصورة الثانية الرابعة ان تكون القسمة للربح خاصة
ولا ريب في عدم مدخلية في الاستقرار بل ان حصل شئ من الامور المذكورة
يقتضي الاستقرار ثبوته به والا فلا وبذلك كله ظهر لك ما في عبارة القواعد
من الحكم بالاستقرار بالقسمة في مقابل الانضاض المقتضي للاستقرار بها وان
كان المال عروضاً كله او بعضه فان فيه عدم ايجابها الاستقرار بمجردها
من دون فسخ القراض اذ لا معنى لها ح الا قسمة الربح لان رأس المال لا شركة
فيه الا باعتباره وقسمة الربح وحدها لا تخرجه عن كونه وقاية اذ المدار فيه
على ارتفاع القراض وانتهاء عمله وكذا قوله او الانضاض والفسخ يقتضي ظاهراً
اعتبار انضاض جميع المال وقد عرفت انه يكفي انضاض قدر رأس المال كما انه
يقتضي عدم الاستقرار اذا حصل الفسخ والمال عروض لكنه صحيح على مختاره
من وجوب الانضاض على العامل واما عبارة المسالك فلا ريب في فسادها على ما
حضرني من نسختها من عطف القسمة باو ولكنها غير نقية من الغلط والمتجه
كونها بالواو ح بان فيما اختاره البحث السابق الذي ذكرناه في الصورة الثانية
واما الصورة الثالثة فليست مذكورة في كلامه وظاهره عدم الاستقرار
فيها وقد عرفت الحال كما انك عرفت الاشارة الى صورة الفسخ مع القسمة قبل
القبض والمتجه حصول القرار فيها بل وبتحقق القرار ايضاً باتلاف المالك مال
المضاربة الذي ظهر فيه الربح المتمحض حق العامل ح في ذمة المالك وانفساخ
المضاربة ح كما لو استرد المال منه بخلاف ما لو اتلفه اجنبي فان الظاهر بقاء
المضاربة فيما اشتغلت به ذمة الاجنبي كما صرح به الفاضل في كره والله العالم

الامر الرابع
في اللواحق
وفيه مسائل
الاولى

الامر الرابع في اللواحق وفيه مسائل الاولى لا خلاف ولا اشكال في ان العامل امين
بل هو لجامع لا يضمن ح الا من تفريط او خيانة ولو للتعدي فيه بان فعل فيه ما لم
يأذن له شرعا فيه ولعل منه السفر بلا اذن من المالك وشراء شئ نهاه المالك عنه
ونحو ذلك مما عرفت ضمان العامل فيه وان بقيت المضاربة بل ظاهر الادلة كونه
ضامنا للوضيعة التي تكون في ذلك بل صريح بعضهم او ظاهره ضمانا الثمن الذي
يكون للشئ في بلد التي سافر عنها بل قد يقوى ضمان الوضيعة المتجددة
بعد التعدي بالسفر مثلا ولو تساوى السعر في البلدين على وجه لو بقي في البلد التي
سافر عنها لحصلت تلك الوضيعة ايضا لاطلاق كونها على العامل مع مخالفته نعم
لو فرض كون الوضيعة سابقة على سفره فتعدى وسافر فباع بما فيه تلك الوضيعة
امكن ح عدم الضمان فتامل وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف في ان قوله اي العامل
مقبول في التلف لانه امين دون يده على المال باذن المالك من غير فرق عندنا بين
دعواه التلف بامر ظاهر يمكن اقامة البينة عليه او خفي وهل يقبل في الرد فيه تردد
من كونه امينا كالودعي ولما في عدم قبول قوله من التكليف بما لا يطاق لاحتمال
صدقه فتكليفه ثانيا بذلك من ذلك او التخليد بالسجن وهو المحكي عن المحلى الشيخ
ومن اصالة عدم الرد فيكون المالك منكرا اظهره انه لا يقبل لعموم قوله البينة
على المدعي وقبول قوله في التلف مثلا لا يقتضي القبول في ذلك وليس في الادلة ما
يقتضي قبول قول الامين في جميع ما يدعيه على وجه يشمل ما نحن فيه والقياس
على الودعي غير جائز عندنا خصوصا بعد الفرق بينهما بالقبض هناك لمصلحة
المالك خاصة بخلاف المقام الذي هو لمصلحتهما والتكليف برد المثل او القيمة يرفع
التكليف بما لا يطاق والتخليد بالسجن اذ الكلام هنا في القبول وعدمه من حيث
الغرامة وعدمها لا من حيث خصوص العين وعدمها في الغريب مما في جامع المقاصد
والمسالك من انه اذا لم يقبل قوله في الرد يلزم تخليده في السجن ولو اصر على انكاره
لاحتمال الصدق وهم قد تخرجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعي التلف وخلاص
المقام الذي هو امين الآن يحمل على مؤاخذته ومطالبته به وان ادت الى الحبس
للاستظهار به الى ان يحصل الياس من ظهور العين ثم يؤخذ منه البدل للحيلولة

الآن

المسألة الثانية

الآن مثلا هذا باق في دعوى التلف خصوصا من الغاصب وليس في كلامهم تنقيح
لهذا فينبغي النظر فيه قلت لا باس بالتزامه في المقام والغاصب مع فرض ثبوت
العين عنده في ظاهر الشرع الآن يرضى المالك بالبدل ويكون ذلك من جملة
التعزيرات الشرعية لكن لا يخفى عليك ان ذلك كله خروج عما نحن فيه ولذا كان
هو جيدا حيث تكون الدعوى في خصوص العين فما اطنب اليه فيه صاحب
الحدائق من الانكار عليه قائلا اني لا اعرف له وجها اذ الدعاوى كلها من
هذا القبيل في غير محله قطعا ضرورة انه ليس هناك منها في دعوى الغرماء ونحوها
وانما هو في دعوى خصوص العين نعم فيه ما ذكرناه من ان المراد هنا من القبول
وعدمه بالنسبة الى الغرامة ولو فرض ارادة المالك خصوص العين لا يتجه
ما ذكرناه فتامل جيدا والله العالم المسألة الثانية اذا اشترى العامل من ينعتق
على رب المال باذنه صح الشراء وينعتق فهو عليه لعدم ملك الولد العمودين
فان فضل شئ من المال الذي دفعه للقراض عن ثمنه كان هو اي الباقي قراضا
لعدم انفساخ عقده والا بطل القراض لان مبنى عقد القراض على طلب الربح وحل
تصرف بنا فيه يكون باطلا ومن جملته شراء من ينعتق على المالك لانه تخسير
محض فضلا عن اشتماله على الغرض المقصود من العقد نعم فرض اذن المالك
وشراء العامل له بعنوان هذه الاذن لم يكن ذلك من تصرف المضاربة
انما هو من تصرف الوكالة الخارجة عنها فيبطل ح في ثمنها الذي هو بمنزلة استرداد
المالك له ويكون الباقي ح رأس المال ان كان والا بطلت المضاربة من اصلها هذا
كله اذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء واما لو كان فيه اي العبد المذكور فضل
فالمحكي عن بعض انه متى كان كذلك ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة لتحقق
الملك بالظهور ولا يقدح فيه العتق القهري الصادر باذن المالك الذي هو من جهة
الى استرداد طائفة من المال بعد ظهور الربح اذ لا فيها وان سرى على العامل
انه ايضا بناء على السراية في مثله الا انه يغرم المالك له نصيبه مع يساره والا استسعى
العبد فيها ولكن مع ذلك كله الوجه عند المص وثاني الشهيدين وغيرهما الاجرة
لا الحصة لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربة المعتبرة فيه امكان تقليب

المال للربح واما الاجرة فمعني كاولك على هذا العمل وعلى ما تقدمه من الحركات و
السفر وغيره من المقدمات من حين العقد الى حين وقوع الشراء الذي هو
مع اذن المالك في قوة فسخه فيثبت للعامل عليه الاجرة كما اذا فسخ المالك قبل ان
يشتري العامل ولكن ان سعى وسافر ونحو ذلك واما العمل المزبور فهو و
ان لم يكن من مقتضيات العقد لكنه عمل مأمور به من المالك من فاعل بعد
نفسه للعمل بالعوض فيجب ان يثبت له اجرة مثله بل على فرض انحصار العمل من
حين العقد فيه فعليه الاجرة ان كان مثله مما يحتمل الاجرة والا فلا وحكم المقدمة
ونحوه بالاجرة لا ابعد ازيد من ذلك بل المراد ان كان العمل له اجرة فان الاحالة على
اجرة المثل يقتضي ان للمثل اجرة قطعاً الى ان قال وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا
العامل وعمل الوكيل الذي يبني عمله على التبرع والاجرة ليست من مقتضياته بخلاف
القراض فانه مبني على طلب العوض على عمله من حصة او اجرة قلت هذا خلاصة ما في
المسالك بل وجامع المقاصد بل وغيرهما لكن لا يخفى عليك اولاً ان لم يكن اجماع انه
لا مانع من جعل مثل هذا التصرف من مقتضى المضاربة مع التصريح من المالك
على جهة ضمان حصته من الربح او بيع العبد بها او صيرورة العبد مشتركاً بينه
وبين المالك بناء على عدم السراية لاطلاق الادلة بل لعل صحيح شراء العامل اباه موجب
لسراية العتق ايضاً على المالك مما يومي اليه ايضاً وقد عرفت سابقاً عدم دليل على
اعتبار امكان التقليب في كل جزء من مال المضاربة ثم قد يقال ان ذلك ونحوه
لا يندرج في اطلاقها وثانياً ان المتجه عدم الحصة والاجرة معاً بناء على عدم كونه
من تصرف المضاربة ضرورة صيرورته بالاذن في ذلك دليلاً محضاً على ذلك
انما كانت هي المراد منها وان ادى عنه من مال المضاربة الذي هو احد اموال
المالك وما ذكره من الاجرة على المقدمات خروج عما نحن فيه ضرورة كون الكلام
في الاجرة على نفس العمل كما ان دعواه الفرق المزبور بين العامل والوكيل كذلك
ايضاً اذ هو في عمل العامل فيما عقد عليه من العمل لا في عمل اجنبي خارج عن المضاربة
على ما هو المفروض نعم يبقى احتمال الاجرة باعتبار كونه عملاً مأذوناً فيه ولم يظهر
من العامل التبرع لتصريحه بوكالة ونحوها او كان العمل مما له اجرة من غير فرق

فيه بيان تحقيق اصل المسئلة

في ذلك بين عامل اباه وغيره كما انه لا فرق في المقام بين ظهور الربح وعدمه
بناء على ذلك فيجعل الاجرة من تلفه وغيره فيما لو ظهر الربح في غير محله بناء على ان
ذلك ليس منه عمل المضاربة كما هو واضح وثالثاً ان ما ذكره من ان ذلك من المالك
في قوة فسخ المضاربة في ثمن العبد قد بينا فيه بانه يقتضي انفساخ العقد
اجمع لعدم تبعض العقد بالنسبة الى ذلك لان المضاربة باقية فيما بقي اذ
ليس هو كتلف بعض رأس المال اذ ليس ذلك فسخاً للعقد بل خروج عن قابلية
جريان اثر العقد عليه فالاولى جعل المقام منه لا من فسخ المالك في بعض مال
المضاربة باسترداده ونحوه والامر سهل والله العالم هذا كله اذا كان الشراء من العامل
باذن المالك وان كان بغير اذنه وكان الشراء بعين المال بطل ان كان موقوفاً
على الاجازة فيصح الشراء ح ويقع العتق وان لم يكن من المضاربة بناء على عدم اندراج
مثلها في نحو مقامع التصريح بالاذن فضلاً من الاطلاق واحتمال البطلان و
عدم تأثير الاجازة في مثل هذا التصرف المنهي عنه كما ترى ضرورة عدم نهي عنه لذاته
او لبعض اركانه كي يترتب عليه الفساد وانما هو لعدم ترتب حكم المضاربة عليه
وذلك لا ينافي الفضولية خصوصاً اذا كان قد اوقعه بعنوانها كما هو واضح
وعلى كل حال فظاهرهم عدم الفرق في ذلك فيما يأتي من الشراء بالاذن مع تبيين
العلم بالنسب وحكم الشراء المذكور والجهل بهما او باحدهما لما عرفت من عدم دخول
هذا التصرف في المضاربة حتى مع التصريح بالاذن والتباس الامر ظاهراً لا يقتضي
الاذن لكن احتمل بعضهم الفرق اوماله اليه فحكم مع الجهل بصحة البيع والانعتاق
على المالك قهراً او لا ضمان على العامل لان العقد المذكور انما يقتضي شراء ما
ذكر بسبب العلم لا في نفس الامر لاستحالة توجه الخطاب الى الغافل لاستلزامه
التكليف بما لا يطاق كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب والفرق
بين المعيب وما نحن فيه بجواز شراء المعيب اختياراً دونه لا يدخل فيما نحن فيه
لان الكلام في حالة لا ابع فيها بفرض اثبات العيب على النفس والحال انه جاهل
به وانفراقه عنه وحالة اخرى لا دخل له في الكلام وبالجملة حكمهم بصحة
العقود التي يظن فيها الربح وان ظهرت على خلاف ذلك بل على حسده يقتضي

بيان بطلان الشراء بغير الاذن

كون الحكم هنا كذلك ومن هنا استشكل في المقام ثاني الشهيدين قال ويقوى الاشكال
في جاهل احدهما خصوصاً جاهل الحكم لانه غير معذور لتقديره على التحفظ فان
العلم مقدور ولنا اما جاهل النسب فعذر وربما تقدم سابقاً كما انه في جامع
المقاصد مال الى تبطلان البيع في المقام وغيره من شراء المعيب ونحوه قال
فان قيل فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خالياً من الغبطة وانما ظنها العامل
بظن السلامة وكذا لو ظن موضع ظن الغبطة فظهر خلافها قلت لا اعلم الآن تغيراً
في حكم ذلك والمتجه عدم الصحة البيع فيأتي الاحكام السابقة قلت قد يفرق بين
المقام والمعيب ونحوه بان مبنى المضاربة على الاجتهاد بالنسبة الى العيب وعدمه
والرغبة فيها وعدمها ونحو ذلك مما يكون في غالبه الشيء فالخطأ والصواب فيها
كالمن توابع المضاربة ضرورة جريانها على المتعارف في امثال التجارات التي
لا ريب في اتفاق ذلك فيها بخلاف المقام الذي لم يكن خاطراً في الذهن ولا هو
من متعارف التجارة مع فرض عدم كون شرائه من تصرفات المضاربة ولا اذن
فيه صريحاً لم يكن الجهل به او علمه موجباً للاذن من المالك ضرورة عدم كون
عنوان الاذن في المضاربة المجهول حاله على وجه يشمل المقام فلا يبعد
كون العلم حينئذ مثل المعين بخلاف المعيب ونحوه فانه من عنوان المأذون
فيه ومن الغريب ما سمعته في جامع المقاصد من دعوى فساد البيع منه
نحو المقام الذي سمعته عن ثاني الشهيدين الاجماع على خلافه حيث ينسب
الصحة فيه لاكثر وان كان قد عرفت ان اندراج ما نحن فيه على وجه
يترتب عليه صحة البيع والانعتاق وان قلنا انه ليس من تصرف المضاربة
محل منع فالمتجه ح الفرق بين المقامين كما هو ظاهر المصنف والفاضل حيث
اطلقا الحكم بالبطلان من غير فرق بين حالي العلم والجهل وكيف كان هذا كله اذا
وقع الشراء بالعين واما ان كان في الذمة التي قد عرفت عدم اندراجه
في اطلاق المضاربة في غير المقام فضلاً عنه فح متى كان كذلك وقع الشراء
للعامل ظاهراً وباطناً الا ان يذكر رب المال لفظاً فيكون فضولياً او نية
فقط وان الزم به ظاهراً الا انه في الواقع موقوف على اجازة المالك فمع فرض

ونحو

عدمها كان لعبيعه وان كان اباه مقاصة كما هو واضح وكذا الكلام فيما لو اشترى
من نذر المالك عتقه بمعنى صيرورته حراً بدخوله في ملكه من غير فرق في
جميع ما ذكرناه وان اطلق في القواعد هنا صحة الشراء والعتق على المالك لكن
التحقيق عدم الفرق في المسألتين والله العالم المسألة الثالثة لو كان المال لامرأة
فاشترى العامل زوجها فان كان باذنها بطل النكاح لعدم اجتماعه مع الملك
كما حققناه في محله وان كان بغير اذنها قيل يصح الشراء ولم نعرف قائله لكونه
من موضوع العمل المأذون فيه اذ لا تلف لرأس المال مع امكان طلب الربح
فيه فهو ح كشراء غير الزوج وقيل يبطل الشراء لان عليها في ذلك ضرراً بانفساخ
النكاح المفوت للمهر في بعض الاحوال والنفقة وللاستمتاع ونحو ذلك فيكون
تقييداً لاطلاق الاذن وهو اشبه عند كثير بل وعند ثاني المحققين والشهيدين
ايضاً بناء على ارادة الوقوف على الاجازة من البطلان لا هو منه حتى معها
وان كان هو محتملاً بل حكي قولاً الا انه كما ترى لم نعرف قائله وان حكي عن ظاهر
مبسوط الشيخ لكن الحكم عليه واضح كوضوحه بناء على الوقوف على الاجازة
وقد ابطلته بل وان اجازته ضرورة بطلان النكاح ح وعدم ضمان ما فاتها
من المهر والنفقة لاستناده الى اختيارها اما على القول بالصحة ففي القواعد
الجزم بضمان ما فات بسببه مع علمه بالزوجية لان التفويت جاء من قبله
قال لكن ضمانه للمهر ظاهر اما النفقة فمشكل لانها غير مقدرة بالنسبة الى
الزمان ولا هو موثوق باجتماع شرائطها بل ليست حاصلة لان من جملتها التمكين
في الزمان المستقبل وهو غير واقع الآن الا ان يقال بانه يضمنها على التدريج
وهو بعيد بل ظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول وهو الذي ذكره
جماعة ونحوه في جامع المقاصد قال لا ضمان على العامل ولو اجازت
المالكة البيع لما يفوت من المهر والنفقة لان ذلك باختيارها اما على
الثالث اي الصحة فيضمن اذا كان عالماً لان التفويت جاء من قبله قلت
هو من الغرائب ان اراد ضمان النفقة ضرورة عدم كونها مالاً لها
قد فوته عليها كما هو واضح الا انه ضمنها القائل للزوج واما المهر فهو

المسألة الثالثة

بيان صحة الشراء لو وقع في الذمة

وان ارسل ضمانها اند في كلاميهما ارسال المسلمات كالفاضل في القواعد
بل قد سمعت ما في المسالك من كون الحكم بضمانه ظاهر لكن قد يناقش اولا
بحصول الاذن منهما على فرض الصحة ولو في ضمن الاطلاق والا لم يكن الحكم
بحاله وهي رفع الضمان من العامل كما لو وقعت صريحة ضرورة عدم
الفرق بين استفادتها من صريح اللفظ والاطلاق وثانيا بمنع فوات المهر
عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها لكونه مستحقا لها بالعقد ولعل مرادهما
ضمانه المهر لسيد العبد الذي هو الزوج وهل هو مهر المثل او الذي دفعه
احتمالان كما انهما ياتيان بالنسبة الى الجميع او النصف مع فرض الحال فيما
قبل الدخول وثالثا انه بناء على ان ذلك من اسباب الضمان لم يكن للتقييد
بالعلم وجه اذ لا تفاوت فيها بين العلم والجهل وبالجملة هذا الكلام منهما
لا يخلو ما فيه خصوصا مع بناء الصحة على حصول الاذن منهما الرافعة
لضمان العامل وقد ذكرنا تحقيق الحال في نظير المسألة وهو الفسخ بالرضاع
في كتاب النكاح من اراده فليلحظه كما انه لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما
ذكرنا حكم ما لو كان المال لرجل فاشترى العامل زوجته حتى ما حكاه في جامع
المقاصد عن التذكرة من انه على الصحة لو كان الشراء قبل الدخول فقد قال
في التذكرة انه في لزوم نصف المهر للزوج وجهين فان قلنا بلزوم رجع المالك
به على العامل لانه سبب تقريره عليه فيرجع به عليه كما لو افسدت
امرأة النكاح بالرضاع قال ولم يذكر حكم ما بعد الدخول وكانه يرى
عدم جواز الرجوع به لانه قد تقرر بالدخول قلت قد عرفت الحال في
ذلك كله خصوصا مع ملاحظة ما ذكرنا في كتاب النكاح والله العالم المسألة

المسألة الرابعة

الرابعة اذا اشترى العامل اباه او غيره ممن ينعتق عليه ولا ربح حين
الشراء وكان من مال القراض فان كان ظهر فيه ربح حين الشراء
او بعده قلنا بملك العامل بالظهور انعتق نصيبه من الربح عليه و
يسري في الباقي ولكن ليس عليه الا السعي بل يسعى المعتق في باقي
قيمته سواء كان العامل موسرا او معسرا بلا خلاف اجده فيه كما عن

به غير واحد بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه وهو الحجة بعد صحيح ابن ابي عمير
عن محمد بن قيس عن الصادق عليه السلام في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه
وهو لا يعلم قال يقوم فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعى في مال الرجل
الذي قد ترك الاستفصال فيه عن اليسار والاعسار مع ان المسؤول عنه
مطلق الرجل لا رجل مخصوص كي يحتمل علم الامام بحاله بل ما اطلق فيه الحكم
ايهم بالنسبة الى ظهور الربح حال الشراء وتجدده بعد ولكن مع ذلك
احتمل او قيل بالسراية مع التقويم على العامل الموسر لاختياره السبب
الموجب لها فيحمل الصحيح المزبور على اعسار العامل جمعا بين الادلة او
على تجدد الربح بعد الشراء بناء على عدم التقويم عليه فيه كما ستسمع بل في
جامع المقاصد والمسالك احتمال بطلان البيع من اصله لانه مناف
لمقصود القراض الذي هو السعي للتجارة القابلة للتقليب للاسترباح
المنافي لهذا الشراء المعقب للعتق فيكون ح باطلا او موقوفا على الاجازة
الا ان الجميع كما ترى اجتهاد في مقابلة النص والفتوى والاجماع بل من ذلك
يعرف قوة القول بجواز شراء الاب المالك مضاربة مع الاذن كما اومأنا
اليه سابقا بل قد عرفت ان مقتضى الجميع عدم الفرق هنا بين ربح حال الشراء
وتجدده بعده فانه لا ريب في انعتاق نصيبه معه ولكن في جامع المقاصد
والمسالك في سراية العتق ح وعدمها وجهان احدهما نعم لاختياره و
هو السبب وهو الشراء اذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق وهو لحيثيا
المسبب وثانيهما لا لان الشراء ليس هو مجموع بل جزؤه والسبب القريب انما
هو ارتفاع السوق ولا دخل لاختياره فيه فلا يكون مختارا للسبب لان جزءه
غير مقدور وممنوح كالارث الذي لا يوجب سرايته وفيه ما عرفت من
انه ايضا اجتهاد في مقابلة النص والفتوى ومعقد الاجماع التي لا يفرق فيها
اجمع بين الامرين نعم قد يتوقف بعدم اندراج مثل هذا الشراء في اطلاق المضاربة
مع العلم بالنسب للضرر على المالك بانتظار سعي العبد الذي قد يعجز عن
الاداء والصحيح مختص بحال الجهل والفتوى ومعقد الاجماع لا ينصرف الى ارادة

هذا الفرد من اطلاق فتاوى ح فالوقوف فى مثله على الاجازة لا يخلو من قوة
بقى الكلام فى شيئين احدهما هو انه ربما ظهر من النص والفتوى جعل مناط
الحكم المزبور تقويمه ثم النظر فى زيادته على رأس المال وعدمها ولازمه
عدم اعتبار ذلك ضرورة امكان زيادة غيره من اعيان المضاربة
على وجه يملك العامل حصة الشائعة المتحققة فى الاب وان لم تزد قيمته
فانه ح لا ريب فى جريان الحكم المزبور عليه والصحيح منزل على ما اذا كان
الاب هو جميع مال المضاربة لا ما يشمل الفرض كما انه لا يشمل ما لو زادت
قيمة الاب الا انه نقصت باقى اعيان المضاربة على وجه تكون تلك الزيادة
جائزة او لا اذ لا ربح ح والمراد من تصحيح الزيادة التى تكون ربحا الثانى
انا فرض كون الاب احد اعيان المضاربة ولم يظهر ربح واراد المالك و
العامل الانضاض لكن قد يحتمل فى اثناء ذلك وجود راغب او متجدد زيادة
لبعض اعيانها فهل للعامل تأخير بيع الاب اذا اراد المالك تقديمه وجهان اقواهما
العدم ضرورة كونه ملكا للمالك الذى هو مسلط عليه ولم تظهر زيادة
يتسلط بها العامل فلا ريب فى ان المالك ح مقدم على العامل فى ذلك خصوصا
مع احتمال تضرره عليه بوجود الراغب لبعض الاعيان على وجه يوجب
العتق وانتظار المالك الى السعى المحتمل عدم حصوله وليس هذا الفرض
من ظهور الربح بعد خفائه الذى به ينكشف سبق ملك العامل بل هو من
تجدده باتفاق حصول راغب فى بعض الاعيان وان لم يكن قيمة لها ونحو
ذلك مما لا يوجب سبق ملك العامل كما هو واضح والله العالم المسألة الخامسة
اذا فسخ المالك او العامل او فسخا صح بلا خلاف ولا اشكال لما عرفته من كون
العقد جائزا وكان الربح بينهما مع وجوده على حسب شرطهما فان لم يكن ربح
وكان المال ناضا اخذه المالك ولا شىء للعامل الا ان يكون الفسخ من المالك
فان للعامل اجرة المثل الى ذلك الوقت عند المصنف والبعض على ما حكى لان عمله
محترم صدر باذن المالك لا على وجه التبرع ويشكل بانه لم يقدم الا على الحصة
على تقدير وجودها ولم توجد فلا شىء له والمالك مسلط على الفسخ حيث
شاء واحتمال دفعه بانه انما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره
الى ان يحصل وهو مقتضى عدم عزله قبل حصولها فاذا خالف نقد فوتها عليه
فيجب عليه اجرته كما اذا فسخ العامل بعد الشروع فى العمل كما ترى لا ينبغى صدوره
من فقيه ضرورة اقتضائه ضمان المالك الاجرة لو فسخ وان قلنا العامل
مرارا اسعد ولم يحصل ربح بل وان خسر وهو مناف للمعلوم من شرع
المضاربة المبنية على استحقاق العامل حصة من الربح ان حصل والا فلا
شىء له واغرب منه ما يحكى عن اطلاق التذكرة من ان له الاجرة فى الفرض
حتى لو كان الفسخ من العامل نعم قد يلحق بالاجرة فيما لو عمل العامل وفسخ المالك
قبل اتمام عمله المحتمل حصول الربح به باعتبار احترام عمله واقدامهما على الربح
المترتب عليه والفرض احتماله وبالفسخ تفوت الحصة ولكن العمل على احترامه
ورضاهما بهذا العقد الجائز المسلط على الفسخ فى جميع الاوقات والاستحقاق ثبوته
الاجرة له من جهة اخرى ويمكن حمل مثل عبارة المصنف على ذلك كما ان منه
يظهر لك ما فى المسالك من عدم الفرق بين صورتى الفسخ قبل الانضاض
وبعده وكيف كان فلو كان بالمال عروض بعد الفسخ قيل كان له ان يبيعه
من دون رضا المالك وان لم يكن ظهر فيه ربح لتعلق حصته به واحتمال
وجود زبون يزيد فى الثمن فيحصل الربح وفيه انه لا حق له مع فرض
عدم الربح والاحتمال المعارض باحتمال النقصان المال لا يكفى فى دعوى
تعلق الحق كما هو واضح نعم فى المسالك لو كان الزبون المذكور موجودا
بالفعل يتوجه الجواز لانه فى قوة ظهور الربح مع امكان المناقشة فيه ايضا
اولا بمنع كونه فى قوة ظهور الربح المتوقف صدقه عرفا على زيادة قيمة
المال فى نفسه او فعلية الثمن من الراغب لا وجوده وان لم يكن قد وقع
منه ذلك خصوصا اذا حصل الراغب بعد الفسخ وثانيا بمنع تسلطه
على ذلك فى صورة ظهور الربح الذى لا يزيد به على كونه شريكا
ومن المعلوم عدم سلطنة له على بيع مال الشريك بغير اذن الشريك
وبذلك يظهر لك ان الوجه المنع من البيع مطلقا لقاعدة منع تصرف

في مال الغير بغير اذنه بغيرها ولو انعكس الحال بان الزمه المالك بالبيع
فهل يجب عليه ان ينضّ المال لانه اخذه نقدًا فيجب ان يرده كك لاطلاق
قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدّي ولحدوث التغيير في المال بفعله فيجب
ردّه وفيه منع دلالة الخبر المذكور على وجوب ردّ المال المأخوذ بالاذن
المتغيّر بها كما اخذه اوّلاً وللاصل البراءة فالوجه ح انه لا يجب عليه الاجابة
هذا كله في صورة عدم ظهور الربح امّا معه وكان المال عروضًا وطلب المالك
انضاضه فقد جزم في جامع المقاصد والمسالك بوجوب الاجابة على العامل
لانّ استحقاقه الربح وان كان ثابتا بظهوره الآن استقراره مشروط بالانضاض
لجواز عروض ما يقتضي سقوطه وقد تقدّم سابقًا ما يعلم به فساد هذا الملاك
على القول به فبناءً على انه بالفسخ يحصل لانتهاء المضاربة ح ويتحقق الشركة
بين المالك والعامل بمقدار حصّته من الربح المفروض ظهوره عند الفسخ
ويكون ما يتجدد بعده من تلف وخسارة فهو عليهما لا يختص به الربح فيتجه ح عدم
وجوب اجابة العامل للانضاض وان الزمه المالك به لعدم ضمانه ما
يعرض مع عدم وجوب الارجاع نقدًا كما عرفت ومنه يعلم ايضًا الحال فيما
لو طلب العامل البيع خاصّة الذي ذكر في المسالك في وجوب اجابة المالك
له وجهين ضرورة كون المتجه ح بناءً على ما ذكرنا عدم الوجوب بل لعله
حتى على القول الآخر لامكان وصوله الى حقه بقسمة العروض ولا ارجاع
نقدًا انما هو حق المالك فله اسقاطه ولانّ حال العامل لا يزيد على حال
الشريك الذي من المعلوم انه لا يكلّف اجابة شريكه الى البيع كل ذلك
مع طلب العامل البيع في الحال امّا لو طلب تأخيره الى وقت متأخر كموسم
متوقع فليس له ذلك قطعًا للضرر كالقطع بعدم ثبوت تسلّط العامل
بناءً على توقف ملكه على الانضاض او غيره ومما ذكرنا يعلم الحال فيما لو
كان الفسخ من العامل في هذه الصورة اذ الحكم كك بل ينبغي الجزم بعدم
استحقاقه الاجرة لو كان ناضًّا لا ربح فيه وبعدم وجوب اجابة المالك
الى بيعه لانّ المانع من قبله كما هو واضح ولو كان بعض المال ناضًّا فانه كما

عدم وجوب انضاض المال في بعض الاحوال

قدر رأس المال اتجه عدم اجبار العامل على انضاض الباقي لرجوع المال
الى المالك كما كان واولى منه لو كان ازيد امّا لو كان ناقصًا ففي المسالك
توجه جواز اجباره على انضاض قدره لو قلنا باجباره على الانضاض
فيما سبق قلت لكن قد عرفت الحال في ذلك وغيره على وجه يتبين لك
ان جميع ما في جامع المقاصد والمسالك هنا غير منقح فلاحظ وتامل وكيف
كان ففي المتن وغيره انه ان كان المال سلفًا كان عليه اي العامل جبايته و
ان فسخ المالك وكذا غيره من الديون المأذون فيها لاقتضاء المضاربة
ردّ رأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى المال ولانّ الدين ملك
ناقص والذي اخذه ملكًا تامًّا وعلى اليد ما اخذت حتى تؤدّي ولكن فيه ما
عرفت من ان الاصل البراءة بعد عدم دلالة الخبر المزبور على ذلك بعد
فرض وقوع الادانة باذن ذلك المالك وانفساخ المضاربة فالمتجه ح
ايضًا عدم الوجوب ومنه يعلم ايضًا ما في قول المص وغيره وكذا لو مات ربّ
المال وهو عروض كان له اي العامل البيع الآن بعد الوارث بل هو
مناف لما ذكره سابقًا من الوجه المنع ضرورة عدم الفرق بين الفسخ
الاختياري والقهري فليس له التصرف الا باذن المالك من غير فرق
بين ظهور الربح وعدمه كما ذكرنا الكلام مفصلاً واليه اشار المص وفيه
قول آخر وهو ما ذكرناه من عدم جواز البيع الا بالاذن لبطلان العقد و
قد استوجهه في المسالك وهو في محله والله العالم المسألة السادسة اذا قارض
العامل غيره فان كان باذنه اي المالك وشرط الربح بين العامل والمالك صح
لانه يكون ح بمنزلة الوكيل عن المالك في ذلك وسبق عقد القراض معه
لا ينافي ذلك بل لا يقتضي فساده وان كان هو لا يستحق شيئًا من الربح بعد
العمل منه امّا لو فرض عملهما كلاً منهما صح واخذ كل منهما ربح ما عمل به من المال
على حسب ما شرطاه وعلى كل حال فلو شرط لنفسه شيئًا من الربح لم يصح
لانه لا عمل له وايقاع عقد القراض ولو بالاقل من الحصة التي جعلها
المالك له ليس من اعمال التجارة التي شرع جعل بعض الربح عوضًا عنها فلا

المسألة السادسة

يصح اشتراط شيء من الربح له حتى لو اذن المالك له في ذلك فان اذنه لا تفيد
في شرعية غير المشروع اللهم الا ان يدعى دخول مثل ذلك في عمل المضاربة المشروعة
لانه مما يترتب عليه ربح للمال بل هو داخل في عمل التجارة والتكسب خصوصا مع
التصريح به في ضمن غيره فتامل هذا وفي المسالك اذن المالك للعامل في المضاربة
قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني والعامل الاول اذا اراد ذلك بمنزلة وكيل
المالك وقد يكون بمعنى ادخال ما شاء معه وجعلهما عاملين وقد يكون
بالاعم الى ان قال بعد الاعتراف بان مراد المص هنا الاول ولو كان الاذن بالمعنى
الثاني او بالاعم وجعل الثاني شريكا له في العمل والحصة بينهما صح لانتفاء المانع
في الاول وهو عدم العمل قلت لكن يكون ذلك فسخا للمضاربة السابقة وانشاء
جديدا من العامل باذن المالك اذ ان المضاربة الاولى بحالها ولكن الحصة
الاولى المشروطة للاول في المعنى مشروطة باستقلاله بالعمل اما مع فرض
وضع شريك معه فلا يكون ح تشريك الثاني مع الاول باذن المالك في حصة
الاول مضاربة على تلك المضاربة الاولى بلا فسخ لها ولا مانع من ذلك
وجهان ولعل في كلامه عن بر لذلك وانما اقتصر على الصحة معللا لها بانتفاء
المانع وانت خبير بانتفاء المانع الاول لا يكون مقتضيا للصحة هنا وكيف
كان فلو كان بغير اذنه لم يصح القراض الثاني وفي خبر محمد بن عيسى المروي
عن نوادر ولده سئل ابو جعفر عن رجل اخذ مالا مضاربة ايحل له
ان يعطيه غيره باقل مما اخذ قال لا ولكنه فضول ان اجاز ترتب عليه
حكمه والا بطل القراض فان فرض حصول ربح ح كان نصف الربح للمالك
والنصف الاخر للعامل الاول بناء على ان القراض كان كذلك وعليه اي
العامل الاول اجرة العامل الثاني لانه صار عمله له بعد ان عمله للاول الذي
كان قد وقع القراض معه لا يستحق ح ما شرط له اذ ليس في عقد
القراض ما يقتضي مباشرة ذلك العمل بنفسه ضرورة الاكتفاء
بتبرع عنه وباجرة ونحو ذلك وقيل والقائل بعض بعض الشافعية
نصف الاخر للمالك ايضا لانه نماء ملكه ولا عمل من الاول والثاني غير

تشقيق في اصل الحكم وتشقيق

نقل اقوال بعض من العامة

ماذون منه وقيل كما عن بعض اخر منهم ايضا انه بين العاملين ويرجع الثاني
منهما على الاول بنصف الاجرة لانه قد فاته بغروره منه نصف ما جعل له
اي الربح وللصحيح وجه رابع على ما حكي وهو ان جميع النصف للعامل الثاني عملا بالشرط
ولا شيء للاول اذ لا مال له ولا عمل والاول حسن ما عرفت ولا ينافيه فرض
عدم اجازة المالك انما المنافي للقراض اما ما وقع منه من الشراء والبيع
فهو باذن العامل الاول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه اقصى ما
هنالك ان العامل الثاني اوقعه بعنوان انه مقارض وقد بان فساده فاستحق
على من غيره اجرة المثل وفساد القراض لا يقتضي فساد الاذن الحاصل من
العامل اذ المتهدم استحقاق المالك مع عدم فساد القراض الاول وصيرورة
عمل العامل الثاني للاول ولو تبرعا او بالاجرة له وكذا الثالث فانه كونه بين
العاملين مع فساد القراض غير متصور اللهم الا ان يدعى ان العامل الاول
له المضاربة بمعنى التشريك فيما له من الحصة فاذا فرض انه قد جعل
له النصف من المجموع للموزع عليه وعلى المالك الذي لم يجزم فيما له وبطل
فيما يرجع الى المالك الا انه لغروره اياه يغرم له الاجرة ومنه يتضح وجه
الرابع المبني على تنزيل النصف على الراجع له لا الموزع منه ومن المالك لكن
الجميع كما ترى ضرورة عدم صحة المضاربة له من دون اذن المالك ولو
بالتشريك في حصته فوقوع ذلك منه ح معاملة غير مشروعة هذا ولكن
في المسالك ان هذه الاقوال ليست لاصحابنا ولا نقلها احد عن احد منهم
وان كان ظاهر التعبير يقتل وقيل ذلك انما هي وجوه للشافعية ذكرها لهم
والعلامة في كتبه ونقل الشيخ في ط اخر بيّنا منها بطريقة اخرى غير
منقحة الى ان قال تبعا لجامع المقاصد والتحقيق في هذه المسالة المترتب
على اصولنا ان المالك ان اجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط
وان لم يجزه بطل ثم الشراء ان كان بالعين وقف على اجازة المالك
فان اجاز فالمال له خاصة ولا شيء لهما في الربح اما الاول فلعدم
العمل واما الثاني فلعدم الاذن له ولكن اجرة مثل عمله على الاول مع

جملة لامع علمه وان كان الشراء في الذمة ونوى صاحب المال فكذلك
وان نوى عن عامله وقع الشراء له لا انه وكيله وان لم ينو شيئا او نوى
نفسه فالعقد له وضمان المال عليه لتعديه بمخالفة مقتضى المضاربة
وحيث لا يقتضى نفع العقد للعامل الثاني فله الاجرة على الاول مع جهله
ان لم يتعد مقتضى المضاربة ثم انهما قبل ذلك قد اطنبا في ذكر حكم الضمان
لو تلف المال في يد العامل وذكرا جملة من احكام الغصب ولا يخفى عليك بعد
الاحاطة بما حررنا جميع ذلك مما نحن فيه ضرورة كون المراد بيان حكم
القراض الثاني فيما اذا ربح المال وهو لا يستلزم تسلم المال الذي عليه قراضه
وعمله والمال في يد العامل الاول كما انه لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا
عدم الفضولية فيما اوقعه العامل الثاني باذن الاول وان لم يجز قراضه
بناء على ان للعامل الاول الاذن لغيره في العمل وان فسد قراضه لا ينافي
ثبوت الاذن له في ذلك كان غيره هذه الصورة مما فسد فيه القراض
مما انه يثبت للعامل اجرة المثل والمال وضمانه للمالك وليس هو الا لبقاء
الاذن مع فساد القراض وما نحن فيه من ذلك ومن الغريب دعوى
خروج هذه الوجوه عن اصولنا مع تصريح كلهم بجنس الاول منها بل
مفروغية من صحة البيع وملك المالك النصف وعدم ذكر الفضولية
هنا في شيء مما فعله العامل الثاني ونحو ذلك مما هو كالصريح في ان موضوع
المسألة عنده غير ما ذكراه وان اعترضناه مما نحو ما سمعته منها هنا
لكن لا انصاف عدم وروده عليه وعدم مدخلية لكثير مما ذكراه هنا
في مفروض المسألة كما لا يخفى على من لاحظ المقام وتأمل والله العالم
المسألة السابعة اذا ادعى المالك دفعت اليه مالا قراضا فانكر
العامل فاقام المدعي بينة على انه دفع اليه مالا قراضا فادعى العامل
التلف قضي عليه بالضمان وكذا لو ادعي عليه وديعة او غيرها من
الامانات لثبوت كونه خائنا بانكاره المال الذي قامت البينة عليه
وان هو ابتدأ له بعد ذلك بدعواه تلفه ولا ريب في كونه خيانة

المسألة السابعة

بل قد يقال انه لم تقبل دعواه حتى لو اقام البينة على تلفه منه بلا تعد ولا تفريط
لتكذيبه اياه بانكاره الاول الذي هو ابلغ اقرار في حقه ومن هنا عبر الفاضل
في القواعد بعدم قبول دعواه لكن في المسالك ان عبارة المتن اجود منها
لاستلزام عدم القبول حبسه الى ان يدفع العين وقد تكون تالفة الا
ان يتكلف نحو ما تقدم من حبسه مدة يظهر فيها اليأس من وجود العين
وفيه ان المتجه عدم قبول دعوى التلف التي كانت تقبل منه سابقا
بيمينه في اسقاط الضمان عنه واما التكليف بالعين نفسها وعدمه فهو
غير مقصود لهما فليس تعبير المص بالضمان تحرزا عن ذلك ضرورة
عدم تصديق مجرد قوله بالنسبة الى ذلك من دون استظهار بيمين
او بينة او حبس او نحو ذلك وعلى كل حال هو مقام آخر غير ما نحن فيه
يجري في الغاصب ونحوه هذا كله اذا كان جوابه في الدعوى الاولى
ما سمعت اما لو كان جوابه لا يستحق عندي شيئا ونحوه لم يضمن وان
اقامت البينة على دفع المال اليه قراضا لكن ذلك اعم من ضمانه بل لو
ادعى التلف بعد ذلك سمع منه بيمينه لعدم التنافي بينه وبين كلامه
الاول كما هو واضح المسألة الثامنة اذا تلف مال القراض او بعضه
بعد دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح الذي هو وقاية لرأس
المال في شرع المضاربة وعرفها وكذا لو تلف قبل ذلك كما لو اذن له في
الشراء في الذمة فاشترى ثم تلف المال ونقد الثمن عنه فان القراض
مستمر ويمكن جبره بالربح المتجدد ولكن في هذا تردد عند المص مما عرفت
ومن ان التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال
القراض الا ان الاقوى عدم الفرق لان المقتضي لكونه مال القراض
هو العقد لا دورانه في التجارة فمتى تصور بقاء العقد وثبوت ربح
جبر ما تلف مطلقا بل لا يخفى على من اعطى التأمل حقه عدم صدق
الربح الذي قد وقع الشرط بين المالك والعامل عليه الا على ما يبقى
بعد جبر جميع ما يحدث على المال من اول تسلمه الى انتهاء المضاربة

المسألة الثامنة

من غير فرق في النقص بين انخفاض السوق والغرق والحرق واخذ الظالم
والسارق وغير ذلك مما هو بآفة سماوية وغيرها مما عساه يقال وقيل
من اختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف لانه ح بمنزلة
الموجود فلا حاجة الى جبره ولانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل
وتجارته بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه لا ينبغي
الى ان يصغى لما عرفت نعم لو فرض حصول العوض من المتلف كان
العوض من جملة المال والله العالم المسئلة التاسعة اذا قارض اثنان المسألة التاسعة
مثلا واحدا مثلا وشرط له النصف منهما وتفاضلا في النصف الآخر
مع التساوي في المال لو تساويا فيه مع التفاوت في المال كان فاسدا
لفساد الشرط المقتضي زيادة لاحدهما على الآخر مع تساويهما في المالين
او التساوي مع التفاوت في المالين بلا عمل من ذي الزيادة ضرورة كون
العامل غيرهما وقد عرفت سابقا عدم جواز ذلك في الشركين فكذا هنا
اذ لا فرق بين امتزاج المالين وعدمه ولكن قال المصنف هنا فيه تردد ولعله
من ذلك ومن احتمال كون اشتراط الزيادة هنا من العامل بمنزلة ان صاحبها
قد شرطه له في العمل بماله اقل مما شرطه الآخر ولا ريب في جواز ذلك
ضرورة عدم المانع المزبور منه لا يقال ان محل المسئلة مع الاطلاق الذي
هو كما يحتمل ذلك يحتمل كونها من المالك الآخر ولا ترجيح لانا نقول اصل
الصحة ترجيح للاول بل لعله كذلك حتى مع فرض عدم خطور هذا التفصيل
في قصدهم حملا لفعل المسلم على الصحيح في نفس الامر نعم لو مزج صرح باستحقاق
العامل من نصيب كل منهما نصفه اتجه الفساد بناء على ما سمعته في الشركة
مع انه قد يقوى بالصحة فيهما بدعوى كون ذلك من عمل المضاربة كما يومي
اليه ما عساه يستفاد من اطلاق عبارة المتن والقواعد من عدم الفرق
في الحكم المزبور بين امتزاج المالين وعدمه كما اعترف به الكركي في شرحه
ولا ريب في ان استحقاق كل منهما في ربح مال الآخر المفروض عجزه مع انه قد
يختلف قلة وكثرة بل قد يحصل الخسران في احدهما دون الآخر الذي يجب

فيه شيء لا تقتضيه الضوابط بل هو ان كان فليس من صدق كون المجموع
مال مضاربة واحدة ولذا جعل الربح بينهما مشاعا واذ كان ذلك ونحوه
من مقتضى عقد المضاربة فلتقتضي ايضا التفاوت في ربح النصف وان
تساويا في المال والتساوي فيه مع التفاوت فيه ويكون ذلك من احكامها
نحو ما لو قارض الواحد مثلا اثنين مثلا على التفاوت فيما شرط لهما من
الربح صح وان كان المشروط له الاكثر الاقل عملا لاطلاق الادلة خلافا للمالك المسألة العاشرة
فلم يجوز التفاوت بينهما وقد تقدم الكلام فيه سابقا المسئلة العاشرة
اذا اشترى عبدا مثلا للقراض فتلف الثمن قبل القائل الشيخ في محكي ط
يلزم صاحب المال ثمنه دائما ويكون الجميع راس ماله بغير التالف منه بالربح
وقيل والقائل ابن ادريس فيما حكي عنه ان كان اذن له في الشراء في الذمة
فكذلك والا كان باطلا ولا يلزم الثمن لاحدهما وقد عرفت فيما مضى تفصيل
الحال من انه ان كان الشراء في الذمة باذن المالك لزمه دفع الثمن
ثانيا وثالثا دائما والا فان صرح بكون الشراء له وقف على اجازته فان
اجاز لزمه الثمن والا بطل البيع وان لم يذكر لفظا وقع الشراء للعامل
ظاهرا مع فرض كونه قد نوى المالك والا فواقعا ايضا وان كان الشراء
بالعين فهلكت قبل دفعها بطل العقد وهذا كله واضح نعم في المسالك بعد
ان ذكر جميع ذلك قال وحيث يلزم المالك الثمن ثانيا يكون الجميع راس ماله
يجبر جميعه بالربح وهو جيد في غير صورة الفضولي اما فيها فلا يخلو من اشكال المسألة الحادية عشر
ضرورة عدم وقوع عقد المضاربة على الثمن بعد فرض الاتمام الا ان يقال
ان الغرض شراء العامل له بعنوان المضاربة فمع فرض اجازة المالك
لذلك يلحق الثمن حكم المضاربة ولكن الانصاف عدم خلوه من الاشكال
ايضا المسئلة الحادية عشر اذا نض قدر الربح وطلب احدهما القسمة
لقدر الربح فان اتفقا صح لانحصار الحق فيهما وان امتنع المالك لم يجبر
لما فيه من الضرر عليه لاحتمال خسارة مال القراض فيحتاج الى الجبر
له اما العامل فقد يظهر من العبارة ان ليس له الامتناع لانه متى احتاج

الى الجبر احتسب على المالك لكن في القواعد ان امتنع احدهما لم يجبر على
القسمة ونحو جامع المقاصد اما المالك فظ واما العامل فلانه لا يأمن
ان يطرء الخسران وقد اتلف ما وصل اليه فيحتاج الى غرم ما وصل اليه
بالقسمة وذلك ضرر وفيه منع كون ذلك ضررا لضرورة امكان التخلص منه
عليه بعدم التصرف بل الواقع منه لم يكن عليه ضرر لانه في مقابل ما
يصرف والله العالم وعلى كل حال فلو اقتسما وبقي راس المال معه اي مقداره
فخسر رد العامل اقل الامرين مما وصل اليه من الربح ومما يصيبه من
الخسران لان الاقل ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل
له وان كان الاقل هو الربح فلا يلزمه الجبر الابه وكذا احتسب على المالك
اقل الامرين من راس المال هذا هو الظ من العبارة بل جزم به ثاني
الشهيدين لكن عن الشهيد ان المردود اقل الامرين مما اخذه العامل
من راس المال لا من الربح مشاعة في الجميع نسبتها الى راس المال نسبة
السدس فالعشرون الماخوذه سدس الجميع فيكون خمسة اسداسها
من راس المال وسدسها من الربح فاذا اقتسماها استقر ملك العامل على
نصيبه من الربح وهو نصف سدس العشرين وذلك درهم وثلثان يبقى معه
ثمانية وثلث من راس المال فاذا خسر المال الباقي رد اقل الامرين مما
خسر ومن ثمانية وثلث والحامل له عليه كما قيل حكمهم بان المالك اذا
اخذ من المال شيئا فقد ظهر ربحه بحسب ما اخذه منها على هذه النسبة
وافسده في المسالك بان الماخوذ وان كان مشاعا الا ان المالك والعامل
انما ارادا بالربح وحيث كان المال منحصرا فيهما فالتمييز منوط بهما ولو
كان يدخل في ذلك من راس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه لان المالك
لم ياذن الا في التصرف في الربح ولم تقع القسمة والاتفاق الا عليه الى
ان قال وايضا فتوقف رد العامل راس المال على ظهور الخسران لا وجه
له لانه لا يملك شيئا من راس المال وانما حقه في الربح واما حمله على اخذ المالك
فليس بجيد لان المالك لا ياخذ على وجه القسمة وانما ياخذ ما بعده

بيان حكم المال بعد الاقتسام

ملكه فلما كان فيه ربح وهو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة الماخوذ
فيحسب راس المال بعد ذلك على حساب ما بقي بعد توزيع الماخوذ على الاصل
والربح وان هذا من اخذ العامل الذي لا يستحق الا في الربح ولا يقاسمه المالك الا
عليه خاصة قلت قد يكون منشأ كلام الشهيد عدم تشخص الربح عن راس المال
باتفاقهما على انه ربح لعدم دليل على ذلك والاصل بقاء اشاعته عنده حتى تفسخ
المضاربة وتسلم المالك راس ماله وح يتجه كلامه نعم يشكل بانه لا دليل
على استقرار ملكهما الحصة من الربح بذلك ما دامت المضاربة غير منفسخة
حتى لو رضي المالك بان يكون الباقي راس مال فانه لا يلزم بذلك بل له الرجوع
عنه لعدم استقرار كون ذلك ربحا الى ان ينتهي عمل المضاربة بالفسخ او
الانفساخ كما تقدم الاشارة الى ذلك فيما تقدم نعم لهما الاتفاق على التصرف
في المقدار الذي تراضيا عليه سواء اوجدا معه صورة القسمة او لا برضي
منهما ويتبعه من راس المال يكون تصرف العامل فيه برضا المالك كما اذا
لم يكن ثم ربح اللهم الا ان يقال ان ذلك من المالك فسخ للمضاربة فيما يخصه من
راس المال لانه برضاه اخرجه عن المضاربة حتى الذي قبضه العامل فيستقر
ح ملكهما على ما خص ذلك من الربح لانفساخ المضاربة كما تعرفه ان شاء الله
في المسئلة الرابعة عشر وبه ح يتم كلام الشهيد فتم جيدا كما انه ينبغي
التامل فيما سمعت من ان للمالك والعامل الاتفاق على تشخيص الربح عن
راس المال واخراجه عن الاشاعة مع بقاء المضاربة على حالها حيث يكون
الباقي راس المال وما شخصناه ربحا وهو المحتاج الى التامل والله العالم المسئلة
الثانية عشر لا يصح ان يشتري رب المال من العامل شيئا من مال المضاربة
بلا خلاف ولا اشكال لانه ماله ولا ان ياخذ منه بالشفعة لذلك ايضا
بخلاف العكس فان للعامل الشراء من المالك وله الاخذ بالشفعة منه كما
هو واضح لكن في القواعد وان ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه ولعل
المراد اذا كان الربح ظاهرا وقت الشراء لعدم جواز ملكه لا ما اذا تجدد
فانه ح له والثمن صار من مال المضاربة كما هو واضح وكذا لو ظهر

مسئلة الثانية عشر

شراء م

في المال ربح جاز للمالك شراء ما يخص العامل بناء على ملكه بالظهور وان
كان متزلزلاً فان تزلزله لا يمنع من بيعه بل يبقى في الظاهر وفيه لازماً
وان تجدد الخسران بعد ذلك واحتاج الى الجبر فيجبر بقيمته كالو اتلفه وكذا
احتمل انفساخ البيع لكنه في غير محله واما الاخذ بالشفعة في ذلك هو مكان
بعد ظهور الربح على نحو ما سمعته في شراء تملكن قد ينافيه مع ذلك فيما لو كان
الربح متاديناً للشراء فضلا عما لو تجدد ولعدم ملك العامل لحصته بعوض
الشفعة بالشراء بل هو بالشرط الحاصل في المضاربة فلا شفعة في ما ملكه
بذلك ولذا صار شريكاً مع المالك بنسبة ما له انه ليس بالشراء الذي هو موجب
الشفعة والله العالم وكذا لا يشترى من عبده القن الذي قد عرفت في محله
انه لا يملك شيئاً ولا يبيع الا وماله من غير فرق بين المأذون وغيره لكن عن
الشيخ انه حكى قولاً بان للمأذون اذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه و
تو للبعض الشافعية لانه لا حق للسيد فيه وانما هو حق الغرماء وفساده
ظاهر كما في المسالك قال فان استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي خروج
ذلك عن ملك السيد كتعلق حقهم في مال المفلس نعم للسيد اخذ ذلك بقيمته
لانه احق بالدفع بذل العوض الان ذلك لا يعد بيعاً كما يأخذ العبد الجاني
خطأ ويبذل قيمته وعلى كل حال فله الشراء من المكاتب المطلق والمشروط
لان ما في يده مال له وسلطنة المولى قد انقطعت عنه فساوى غيره
من الملاك ولهذا لو انعتق لم يكن للمولى ما في يده وان كانت الملكية في المشروط
اضعف منه في المطلق من حيث امكان ردته في الرق اجمع فيرجع ما في
يده الى ملك السيد وليس كذلك المطلق الذي يجب ما في يده من مال
الكتابة لو رجع اليه والله العالم المسألة الثالثة عشر اذا دفع مالا قراضاً
وشرط ان يأخذ له بضاعة قيل كما عن الشيخ فسد لا يصح لان العامل في
القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه اجراً فيفسد الشرط ويتبعه العقد
ولو لان قسط العامل يكون مجهولاً لاقتضاء الشرط قسطاً من الربح
وقد بطل فيبطل ما يقابله فتجهل الحصة وقيل يصح القراض ويبطل الشرط

المسألة الثالثة عشر

خاصة

خاصة لان البضاعة لا يلزم القيام بها فلا يفسد اشتراطها بل يكون
لغواً بينما فانه العقد ولو قيل بصحتهما معاً كان حسناً لاطلاق الادلة
وعمومها التي منها المؤمنون عند شروطهم وتجارة عن تراض و
غيرهما والقراض انما يعتبر عدم خلو مال نفسه عن جزء من الربح لا عن
العمل وان لم يكن من القراض ولكنه قد اشترط في عقد القراض نعم
يبقى الكلام في معنى صحة الشرط في العقد الجائز الذي قد تقدم البحث
فيه سابقاً لكن قد يقال في خصوص المقام الذي هو شبه المعاوضة
وان المالك لم يجعل الحصة المزبورة للعامل الا في مقابلة اخذ البضاعة انه
لو نبح ولم يف بالشرط كان للمالك الفسخ ويأخذ الربح كله وللعامل اجرة
المثل في وجه ولا شيء له في اخر الا انه كما ترى لا ينطبق على القواعد و
على ما اشتهر بينهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزة
ولان حالها كحال الوعد وليس فائدة الشرط فيها فائدته في العقد
اللازم من التسلط على الفسخ مع عدم الوفاء به الذي هو واجب على من
اشترط عليه لعموم الامر بالوفاء في العقد فتأمل جيداً خصوصاً ما في
جامع المقاصد والمسالك هنا فانه لا يخلو من شيء وقد تقدم منا سابقاً
ماله نفع في المقام المسألة الرابعة عشر واذا كان مال القراض مائة مثلاً
فخسر عشرة مثلا واخذ المالك منه بعد الخسارة عشرة مثلا ثم عمل بما بقي
فربح كان رأس المال تسعة وثمانين الا ثلثاً سهماً فان المأخوذ محسوب
من رأس المال فهو كالموجود فان المال في تقدير تسعين فاذا قسم الخسران
وهي عشرة على تسعين كانت حصة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً فيوضع
ذلك من رأس المال ويجبر الباقي لان الربح انما يجبر خسران المال الذي ربح
اي مال المضاربة الباقي على المضاربة لا مطلق الخسران فاذا اخذ
المالك شيئاً بعد الخسران كان من جملة رأس المال فلا بد ان يخصه
من الخسران شيء فيسقط من اصل الخسران لانه خسران غير المال
الذي ربح اي مال المضاربة الباقي في يد العامل ضرورة ان اخذ

المسألة الرابعة عشر

المالك العشرة منه استرداد من العامل وابطال المضاربة فيها فلابد
ان يتبعها ما حصتها من الخسارة السابقة على اخذها والضابط في
معرفة ذلك نسبة المأخوذ الى الباقي وتوزيع الخسران عليه اجمع فيخصه
على مقتضى نسبته ففي المقام نسبته تسع فيخصه تسع العشرة التي
هي الخسارة وهو واحد وتسع فيبقى منها تسعة الا تسع يجبر من الربح ×
المتجدد ولو فرض انه اخذ نصف التسعين الباقية بعد الخسارة العشرة
بقي رأس المال خمسين منها خمسة واربعون موجودة ويتبعها نصف
الخسارة وهو خمسة وهي التي تؤخذ من الربح المتجدد لو فرض وكذا في صورة
الربح بمعنى انه يحسب المأخوذ من رأس المال والربح فلو كان المال مائة وربح
عشرين فاخذها المالك بقي رأس المال ثلثة وثمانين وثلث لان المأخوذ
سدس المال جميعه الاصل والربح وسدس اصل المال ستة عشر وثلثان
وسدس الربح ثلثة وثلث وهو حظه من الربح الا انه يستقر ملك العامل على
نصف المأخوذ من الربح وهو درهم وثلثان وذلك لبطلان المضاربة
في اصله وهو السدس الذي استرده المالك وح فلو انخفض السوق و
عاد ما في يده الى ثمانين لم يكن للمالك ان ياخذه من العامل اذا فسخ
المضاربة ليتم مع ما اخذه سابقا المائة بل للعامل من الثمانين درهم و
ثلثان وهما نصف ربح الذي قد اخذه المالك في ضمن العشرين وقد عرفت
استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربة في العشرين هذا و
لكن لا يخفى عدم خلو المسألة الاولى عن اشكال باعتبار عدم ثبوت ما
يقتضي شيوع الخسارة على المال جميعه على وجه لو اخذ المالك بعض المال
يلحقه بعض الخسارة وانما المنساق احتساب ما يأخذه المالك من
رأس المال واما الخسارة السابقة على ذلك فتجبر بما بقي من مال المضاربة
الا ان المالك قد اخذ العشرة مثلا مستحقة للجبر ودعوى ان الذي يجبر هو
المال الذي ربح واضحة الفساد ضرورة جبر المال الذي وقعت عليه
المضاربة بربح اي جزء من ماله من غير فرق بين ما ربح منه وما

لا يربح

لا يربح بل قد يعمل العامل ببعض دون بعض كما انه قد يربح بعض دون آخر واخذ
المالك لا يزيد على دفع العامل له بعنوان رد رأس المال له شيئا فشيئا
وربما يشهد لبعض ما ذكرنا من السيرة على تناول المالك والعامل من مال
المضاربة ثم الحساب بعد ذلك من دون ان يلحق ما عند المالك او العامل
من الخسارة او الربح شيئا ولكن يحسب ما عنده من رأس ماله عليه ثم يقسم الباقي
ان كان فتامل جيدا والله العالم المسألة الخامسة عشر لا يجوز للمضارب اي العامل
المسئلة الخامسة
ان يشتري جارية يطأها وان اذن له المالك بذلك الا ان يستفاد منه
التوكيل على التحليل او العقد عليها بعد الشراء بناء على صحة مثل هذا التوكيل
عن الاذن في شراء عبد له ويعتقه عنه او داره ويقفها وغيرهما ولعل ذلك
هو المراد مما قيل والقائل الشيخ والمحكي عن نهايته انه يجوز مع الاذن فلا يرد
عليه ح ان الاذن السابقة لا تثمر لان التحليل اما عقد او تمليك وكلاهما لا يقعا
قبل الملك بل يمكن حمل الخبر الذي ذكره مستندا للشيخ على ما ذكرنا وهو خبر
الكاهلي عن ابي الحسن ع قال قلت رجل سألني ان اسئلك ان رجلا اعطاه مالا
مضاربة يشتري له ما يرى من شيء وقال له اشتر جارية تكون معك و
الجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه وان كان ربح فله
فللمضارب ان يطأها قال نعم فلا حاجة الى المناقشة ح في سنده مع انه
من الموثق الذي هو حجة عندنا بعد انصراف ابن زياد في سنده الى ابن ابي عمير
لغلبة التعبير به عنه ولا في متنه بظهوره في كون الجارية من غير مال المضاربة
ولذا كان ربحها للمالك ووضيعتها عليه وعدم الاذن فيه بالوطي لامكان
دفعها بانه يدل على تأثير الاذن السابق على الشراء ولا فرق بين مال المضاربة
وغيره وظهور معك في ذلك ثم حمله على ما ذكرنا اولى من الجرأة به على مخالفة
القواعد والضوابط خصوصا بعد تفرد الشيخ بالعمل به على الوجه المنسوب اليه
هذا كله في الاذن السابقة اما لو احلها له بعد شرائها ولم يكن تستتم فيها ربح صح
قطعا مع القطع بعدم ربح فيها فعلا لاطلاق الادلة ولو كان فيها ربح بني على جواز
تحليل احد الشريكين للآخر وقد ذكرناه في كتاب النكاح بل في الرياض هنا نقل

المسألة السادسة عشر

التعليل مع عدم القطع بعدم الرجحان قلنا بالمنع في صورته لاحتمال التركة
الموجبة للمنع في نفس الامر فيجب الترك من باب المقدمة فالاوجه ان الجواز
بينهم كما قالوه لاصالة عدم حصول الظهور ولا ريب ان الاحوط تركه قلت
ولئن كان الاقوى لاصالة عدم الشركة المسألة السادسة عشر اذا مات و
في يده اموال مضاربة لمتعددين فان علم مال احدهم بعينه كان احق به بلا
خلاف ولا اشكال وان جهل مال كل واحد منهم بخصوصه كانوا فيه سواء
بمعنى انه يقسم بينهم على نسبة اموالهم كما في اقتسام غيرهم من الشركاء كما سمعته
في نظائره وكتاب الصلح هذا اذا كانت مجتمعة على حدة اما اذا كانت مع ماله
ففي المسالك ان الغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك ان احد وسعت اموالهم
ولا تحاصوا قلت لا اصل في ذلك خبر السكوني عن جعفر ع عن ابيه ع عن ابائه عن
علي ع انه كان يقول من يموت وعنده مال مضاربة قال ان سماه بعينه
قبل موته فقال هذا لفلان فهو له وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرماء
وفيما حضرني من نسخة الرياض شارحا لمتن النافع ولو كان في يده اموال
مضاربة لمتعددين فمات وعلم بقاؤها في تركته فان كان عينها لواحد منهم
اعمل منفردة بالقرائن المفيدة للعلم فلا بحث والا تحاصوا فيه اي في المجتمع من
اموال المضاربة الغرماء وارباب الاموال على نسبة اموالهم الخ قلت ليس
في الخبر سوى انه اذا لم يذكر الميت مال المضاربة المعلوم كونه في يده فرب المال
كباقي الغرماء وهذا غير ما ذكره من تحاص الغرماء وارباب الاموال في المال المعلوم
كونه مال مضاربة لمتعددين بل اقصاه يكون مشتركا بينهم ثم قال متصلا بما
سمعت هذا اذا كانت اموالهم مجتمعة في يده على حدة واما اذا كانت ممتزجة
مع جملة ماله مع العلم بكونه موجودا فالغرماء بالنسبة الى جميع التركة كالشريك
ان وسعت التركة اموالهم اخذوها وان قصرت تحاصوا كذا قيل والوجه في
حرمان الورثة مع قصور التركة عنهما الهما وسيأتي واهماله مع فرض وجود
مال للموروث فيه واضح الا مع ثبوت موجب ضمان التلف من اموالهم من تعد
او تفريط لثبوت امانته وعدم ضمانه للتلف من اموالهم الا مع احد

الامرين كما مر ولا كفاية في الضمان باحتمال احدهما مدفوع بالاصل وعموم على اليد
مخصص بما دل على امانته فالوجه ضرب الورثة مع الغرماء في التحاص
واخذهم جميع المورث مع العلم بعدم تلف شيء منه مع احتمال التحاص
معهم بنسبة مالهم ويمكن حمل كلام القائل عليه بتعميم الغرماء في كلامه للورثة
ضربا من التغليب ولكن يشكل ذلك بتوقفه على معرفة مقدار مال الميت
ومعلومية نسبته بالاضافة الى اموالهم ولو جهل اشكل الحكم في ضربهم
معهم في التحاص قلت يمكن ان يكون المستند في الاول ما سمعته من النص
المؤيد بالفتوى الذي قد تضمن الحكم بكون رب المال غريما مع العلم بكون
ماله مضاربة في التركة بعدم ذكر الميت له بعينه وعلى كل حال فهذا كله مع العلم
بكون المال في التركة واما عدمه مع بان يحتمل كونه اي ما في يد الميت مضاربة
لاحتمال التلف وغيره فصريح جماعة منهم المصنف وثاني الشهيدين وسيد الرياض
قضاء الحكم البدوي الاضمان عليه للمضاربة لاصالة البراءة وكونه امانة
لا يقتضيها الا مع التعدي او التفريط ولم يثبتا واصالة بقاء المال لا تقتضي
ثبوته في ذمته مع كونه امانة بل ولا في تركته وعدم الوصية به اعم من
اقتضائه الضمان اذ لعله تلف من غير تفريط لكن قد تقدم في كتاب الرهن
ما يستفاد منه وجه الضمان او الحكم بالبقاء في التركة وان كان لا يخلو من صعوبة
بل منع اما الاول فقد يقال ان الاصل الضمان لعموم على اليد انما خرج الامين
الذي يدعي التلف بغير تعد ولا تفريط اما مع عدم دعواه فتبقى قاعدة
الضمان على حالها الا انا من الشك في شمول ادلة الامين لمثل هذا الفرد والاصل
الضمان والله العالم كتاب المزارعة والمساقاة اما المزارعة فهي لغة مفاعلة
من الزرع وشرعا معاملة على الارض بحصة من حاصلها ولعل تحقق المعنى
اللغوي فيه باعتبار مباشرة احدهما او امر الآخر نحو ما سمعته في المضاربة
وهل هي المخابرة فيه خلاف لا فائدة مهمة في تحقيقه لكن في المسالك قد
يعبر عن المزارعة بالمخابرة اما من الخبير وهو الاكار او من الخبارة وهي الارض
الرخوة او مأخوذا من معاملة النبي لاهل خيبر وعلى كل حال فالمفاعلة

كتاب المزارعة والمساقاة

المزارعة

وبتعريفها بتوليه الجنس الشامل للاجارة والمساقاة وغيرهما وبالاخير يخرج
الاول لعدم صحتها بحصة من النماء كما انه بالاول يخرج الثاني لانها معاملة
على الاصول بحصة منها وان كانت الارض تابعة وقد عرفت غير مرة ان
المراد بنحو هذا التعريف في كلامهم التصوير والتمييز في الذهن في الجملة فلا
يناسب الاطناب في بيان فقدة لوازم التعريف من الطرد والعكس وغيرها
فلا ريب في مشروعية هذا العقد عندنا وعند اكثر علماء الاسلام بل النصوص
فيها في المساقات مستفيضة او متواترة منها خبر ابي الربيع الشامي عن ابي
عبد الله انه سئل عن الرجل يزرع ارض رجل فيشترط عليه ثلثا للبذر و
ثلثا للبقر فقال لا ينبغي ان يسمي بذرا ولا بقرا ولكن يقول لصاحب الارض
ازرع ارضك ولك منها كذا وكذا نصفا او ثلثا او ما كان من شرط ولا يسمي
بذرا ولا بقرا انما يحرم الكلام ونحوه خبر النظر ابن سويد عن ابي عبد الله
بن سنان انه قال في الرجل يزارع فيزرع ارض غيره فيقول للبقر ثلثا
للبذر وثلث للارض قال لا يسمي شيئا من الحب والبقر ولكن يقول
ازرع فيها كذا وكذا ان شئت نصفا وان شئت ثلثا ومنها صحيح يعقوب
عن ابي عبد الله في حديث سألته عن الرجل يعطي الرجل ارضه وفيها رمان
او نخل او فاكهة ويقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج قال
لا بأس خلافا للشافعي وابي حنيفة وبعض العامة فمنعوا منه في مواضع
مخصوصة وكيف كان فعبارة عقدها ان يقول الموجب وهو من بيده
الارض زارعتك او ازرع هذه الارض او سلمتها اليك وما جرى مجراه مدة
ما معلومة بحصة معينة من حاصلها فيقول القابل قبلت والظاهر جريان
المعاطاة فيها كما حقق في محله بل تحقق سابقا الحال في اعتبار مادة لفظ مخصوص
وهيئته في العقد اللازم وعدمه وقد ذكرنا غير مرة الثاني وانه يكفي في تاديته
جميع ما يفيده من الالفاظ ولو على تقدير طريق المجاز الا ما لا يتعارف
في تادية مثله من الخطاب ولا استهجان المجاز فيه ولعله على هذا يوسع
المص هنا فذكر سلمتها وما جرى مجراه وضبعه الا ان جامع المقاصد

بحث في عقد المزارعة

دلالات

والمسالك لا يستدل على جواز الاخير الذي نسبه في الروضة هنا
الى المشهور بخبر ابي الربيع والنظر بن سويد المتقدمين وان ناقشنا
فيه لعدم الدلالة فيهما على ان هذا هو العقد خصوصا مع عدم التصريح
بالقبول فيمكن ان يكون هذا من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين
قبل العقد لتقرير الاجر بينهما واختار عدم الصحة وكذا في الرياض الا
اذا استدل لها بخبر يعقوب السابق وضعفه اولا بان غايته نفي
البأس وهو لا يدل على اللزوم المطلوب اثباته بالصيغة وثانيا وثالثا بعدم
تضمنه القبول ولو فعلا وهو كما ترى ضرورة ان المراد من ذكر ذلك بيان ما يخرج
منها فانه لا صيغتها حتى يستدل به على ذلك لكن لا يخفى عليك ما في الجميع
بعد الاحاطة بما اسلفناه في كتاب البيع وخبر ابي الربيع والنظر انما هما
بصيغة المضارع لا الامر وظاهر قوله انما يحرم الكلام ارادة العقد بذلك في احدهما
ونفي البأس في خبر يعقوب بعد ظهور القول فيه بالصيغة دال على
صحتها المترتب عليه احكامها فاذا الاقوى جواز ذلك كله لان التحقيق
عدم الاحاطة في العقد كي يقتصر على المتيقن في المادة والهيئة ثم الظاهر
اعتبار القبول لفظا في قبولها كغيرها من العقود اللازمة وترك المص له هنا
في بيان عبارتها لعدم اعتبار لفظ مخصوص فيه بل هو جميع ما دل على الرضا
بالايجاب فما في المسالك من احتمال كون ذلك منه لبيان الاكتفاء فيه
بالفعل كما اختاره العلامة في القواعد وغيرها محل نظر في المسالك واعلم
انه قد استفيد من حقيقة المزارعة ومن صيغتها ان المقصود بالذات هو
الارض المملوكة المنتفع بها الى ان قال ولهذا لا تشرع المزارعة بين المتعاملين
اذا لم يكن الارض ملكا لاحدهما كما في الارض الخراجية وان بقي من لوازمها
ما يمكن اشتراكهما فيه لما عرفت ان متعلقها والمعقود عليه هو الارض
فلو اتفق اثنان على المعاملة ومثل ذلك في الارض الخراجية فطريق الصحة
الاشتراك في البذر ثم ما ذكره من الحيل الشرعية المفيدة الاشتراك
في الحاصل على حسب ما يتفقان عليه بغير طريق المزارعة وقد بينا في فيه

بانّ صيغة المزارعة التي هي زارعتك وسلمتك ونحوهما وحقيقتها
التي هي المعاملة على الارض بالحصة من حاصلها لا تقتضي اعتبار
ملكية الارض لا عينًا ولا منفعة بل يكفي فيها الاولوية الحاصلة في ارض الخراج
بالاحياء او بالتفويض ممن هي في يده من حاكم الجور او الشرع او غير ذلك ومن
هنا جزم في الكفاية بعدم اعتبار ذلك في المزارعة وذكر حديث جملة من
النصوص الدالة على جواز مزارعة ارض الخراج كصحيح الحلبي عن ابي عبد الله ع
وحديثا انه سئل عن مزارعة اهل الخراج بالنصف والربع والثلث قال
نعم لا باس به قد قبل رسول الله خيبرًا اعطاها اليهود حين فتحت عليه
بالخير والخير هو النصف وفي خبر الفيض ابن المختار قال قلت لابي عبد
الله ع جعلت فداك ما تقول اتقبّلها من السلطان ثم اواجرها اكرتي على
ان ما اخرج الله منها من شيء كان لي من ذلك النصف والثلث بعد
حق السلطان قال لا باس به كذلك اعامل اكرتي وفي خبر يعقوب
ابن شعيب عن ابي عبد الله ع سئلته عن الرجل يكون له الارض من ارض
الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من
فضل فهو بينهما قال لا باس الى ان قال وسئلته عن المزارعة فقال النفقة
منك والارض لصاحبها فما اخرج الله من شيء قسم على الشطر وكذلك اعطى رسول
الله ص اليهود خيبرًا حين اتوه فاعطاهم اياها على ان يعمروها ولهم النصف
مما اخرجت الى غير ذلك قلت قد يقال ان مراد الشهيد ما لا ينافي شيئًا مما
سمعت وذلك لانه لا يكاد ينكر ظهور ما ذكروه من تعريف المزارعة
المزبورة وان صيغتها المذكورة في كون العين مملوكة الغير او المنفعة
او الانتفاع والا لم يكن وجه للمعاملة عليها بالحصة من حاصلها التي
مقتضاها تسليط العامل عليها بعوض هو الحصة من الحاصل فهي كالاجارة
بالنسبة الى ذلك وان اختلف معناها والاجرة بل هو معنى زارعتك على هذه
الارض او سلمتك اياها او سلطتك عليها بالحصة من حاصلها اذ لا معنى
له بدونه فان المعاوضات التمليكية لا يتصور فيها عدم ملكية العوضين

اواحدهما

اواحدهما باحد الوجوه التي ذكرناها بل قد سمعت ما في خبر يعقوب المشتمل
فيه عن المزارعة فقال النفقة منك والارض لصاحبها فما اخرج الله من شيء
قسم على الشطر كغيره من النصوص الظاهرة في كون الارض المزارعة مملوكة عينًا
او منفعة او انتفاعًا بمعنى اعتبار السلطان على الارض للمزارع وارض الخراج و
ان كانت غير مملوكة العين ذاتًا لكن قد تملك منفعتها بالاستيجار من السلطان
الذي قد اجرى الشارع ذلك منه مجرى سلطان العدل او بالتقبيل او غير ذلك
مما يفيد المنفعة او الانتفاع وكذا من سبق اليها فاحياها وقلنا انه بذلك يكون
احق من غيره في الانتفاع بها فانه في الحقيقة مالك الانتفاع بها ولذا يصح له جعل
من هذه الاحقية ثمنًا للمبيع واجرة في الاجارة اذ هو كالتحجير ونحوه من الحقوق المالية
وعلى هذا ونحوه خرّجت نصوص مزارعة ارض الخراج لا ما اذا لم يكن لاحدهما
تسلط على منفعتها او الانتفاع بها فانه لا خصوصية لاحدهما على الآخر بان يكون
مزارعًا والآخر عاملًا بل لابد حينئذ في ارادة الاشتراك في عملها على التساوي او
التفاضل من الاشتراك في البذر كذلك او غير ذلك من الوجوه والحيل التي ذكرها
في المسالك مما هو منطبق على قواعد الاجارة والصلح وغيرهما الا المزارعة لعقد تسلط
احدهما على الارض الذي هو ركن في المزارعة كي يدفعها الى الآخر بالحصة من حاصلها
الذي قد عرفت انه في المعنى اجارة وبذلك كله ظهر انه لا وجه لمنافشة بعض في
ومخالفته للنصوص السابقة ودعوى ظهور كلامه في اعتبار ملكية العين في
المزارعة مقطوع بفسادها فان القواعد والنصوص والفتاوى صريحة
خلافها ويبعد خفاء مثل ذلك على مثل الشهيد نعم يبقى شيء وهو ان قضية ما
ذكرنا عدم صحة المزارعة على الارض المستعارة ولو للزراعة على وجه يملك
المستعير الحصة على المزارع لعدم ملك عينًا ومنفعة وانتفاعًا فاذا وقعت
المزارعة منه فهي في الحقيقة للمالك وان قصدها لنفسه فارض الخراج التي
يفوض امرها الجائر مثلًا الى شخص مثلًا على انها له اذا زارع عليها لا يملك الحصة
ضرورة عدم ملك العين او المنفعة او الانتفاع بذلك بل تكون الحصة
للمسلمين على فرض صحة المزارعة نعم اذا اجر استمر الجائر على الاباحة له

فيه جواز المزارعة على ارض الخراج

٢ تمليك

فمن الحاصل كان الملاك بذلك لا بالمزارعة فتأمل جيداً وعلى كل حال فهو ابي عقد
المزارعة عقد لازم بلا خلاف بل لعل الاجماع بقسميه عليه لقاعدة اللزوم المستفاد
من الية اوفوا وغيره فلا ينفسخ اختياراً الا بالتقايل المطلقة او لبيه او
باشتراط الخيار ونحوه نعم قد ينفسخ قهراً بخروج الارض عن الانتفاع ونحوه
ولا يبطل بموت احد المتعاقدين كغيره من العقود اللازمة فاذا مات الارض انتقل
حكم العقد الى وارثه واذا مات العامل قام وارثه مقامه واستؤجر من ماله وح
الحصة المزبورة على اتمام العمل ولكن في المسالك وغيرها انه ربما استثنى من ذلك ما اذا
شرط المالك على العامل العمل بنفسه فانها تبطل بموته قالوا وينبغي ان كان موته بعد
خروج الثمرة لانه ح قد ملك الحصة وان وجب عليه بقية العمل بخروجها عن ملكه
بعد ذلك بعيد نعم لو كان قبلها اتجه قلت قد يقال بان المالك ح وان حصل لكنه
متزلزل الى حصول تمام العمل نحو ملك العامل في المضاربة في بعض الاحوال الى
الظاهر البطلان والرجوع الى الاجرة المثل على فرض القول باحترام عمل المسلم في
هذا الحال ولا ينبسط على الحصة وان قلنا في الاجارة على العمل المشروط فيه البطلان
لعدم ظهور مقابلة اجزاء العمل باجزاء الحصة هنا لا شرعاً ولا قصداً بخلافه
في الاجارة ولا اتجه ح ملك بعض الحصة ببعض العمل قبل ظهور شيء من الزرع
وهو معلوم البطلان كما هو واضح وكيف كان فالكلام اما في شروطها اي هذا
العقد واما في احكامه اما الشروط فثلثة الاول ان يكون النماء مشاعاً
بينهما تساويا فيه او تفاضلا بلا خلاف على ما في الرياض بل فيه من الغنية الاجماع
عليه وانه الحجة مضافاً الى قاعدة الاقتصار على المتيقن من النص والفتوى في عقد
المزارعة والمساقاة المخالف للاصالة عدم الغرر بل في الصحيح لا تقبل الارض بحنطة
مسماة ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به وفي المسالك في تفسير الشرط
المزبور اي يكون مجموع النماء بينهما مشاعاً فيخرج بذلك ما لو شرط احدهما
شيئاً معيناً والباقي للاخر او لهما وما لو شرط احدهما خاصة وغير ذلك والوجه
في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة قلت لا خلاف ولا اشكال في بطلان المزارعة
مع عدم الاشاعة في شيء منها كان يشترط احدهما الهرف اي المتقدم من الزرع

بيان شروط المزارعة
وهي ثلاثة
الاول

والاخر الافل المتاخر منه او ما يزرع على الجداول بمعنى الانهار الصغار اما بجمع
حولها من التراب من قطع الارض والاخر غيرها او نحو ذلك مما لا اشاعة
في شيء منه بينهما واما اذا كانت الاشاعة في الجملة متحققة ولكن بعد استثناء شيء
معين كما لو شرط احدهما قدراً من الحاصل وما زاد عليه بينهما نعم صح عند المص
وجماعة بل ربما قيل انه المشهور سواء كان مقداراً للبذر او غيره لا الجواز ان لا يحصل الا ذلك
فيبقى الاخر بلا شيء اذ يمكن فرضه فيما يكون الغالب عادة حصولها بل لعله فانه لغاية
من شرط المزارعة الذي هو كون النماء جميعه مشاعاً بينهما اخلافاً للمحكي عن الشيخ وجماعة
من جواز اشتراط مقدار البذر بل عن الفاضل استثناء شيء مطلقاً ووجهه في الكفاية
ولعله للعمومات والاطلاقات بعد منع ظهور ما دل على شرعية المزارعة واشاعة جميع الحاصل
بينهما بل ربما كان الظاهر منه خلاف ذلك خصوصاً اذا كان الاستثناء للاجنبي منهما او
لعله لاستثناء قدر معين لخراج السلطان كما ان من الادلة لاستثناء ما يصرف عليها
او لازم قسمة الحاصل بينهما بل لعل خبر ابراهيم الكرخي كالصريح في ان المدار على الشرط قال
قلت لابي عبد الله عليه السلام اشارك العلج فيكون من عندي الارض والبذر والبقر ويكون على
العلج القيام والسقي والعمل في الزرع حتى يصير حنطة او شعيراً وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه
ويبقى ما بقي على ان للعلج منه الثلث ولي الباقي قال لا بأس بذلك قلت فلي عليه ان يرد
علي مما اخرجت الارض البذر ويقسم ما بقي قال انما شاركته على ان البذر من عندك وعليه
السقي والقيام كظهور خبر يعقوب بن شعيب في استثنائه ايضاً قال سألت ابا عبد الله
عن الرجل يكون له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدي
خراجها وما كان من فضل فهو بينهما قال لا بأس الى غير ذلك من النصوص على اختلافها
في الظهور والاشعار بجواز ذلك الذي هو في الحقيقة لا ينافي الاشاعة خصوصاً اذا كان
لاجنبي وان نافى كونه بينهما ومن الغريب بعد ذلك كله ما في الرياض حيث انه بعد ان
حكى عن الكفاية ترجيح ذلك استناداً الى قوله سبحانه الا ان تكون تجارة قال وهو كما ترى
اذ ليس المستفاد منها الا الجواز مع الرضا وهو لا يستلزم اللزوم مع فقده ولو بعدها
كما هو الفرض مع انه مخصص بما مضى مضافاً الى ما دل على النهي عن التجارة المتضمنة
الغرر والجهالة وهما منه موجودان في المسألة كما مر اليه الاشارة وبه صرح في الغنية

فقال بعد الاستناد الى الاجماع ولعله لا يسلم الا ما قد عينه فيبقى رب الارض والنخل بلا
شيء وقد يعطب الثمرة ما عينه فيبقى العامل بغير شيء اذ لا يخفى عليك ما فيه من عدم
اعتضاد الدليل فالاية التي تكفي في ذلك لا تدل الا على الجواز والمشروعية واللزوم بنفسها
ة من ابتدائها ونحوها وغيرها وليس فيها ما يقبل التخصيص اذ ليس الا دعوى شرعيتها
على خلاف ذلك وقد عرفت منعها على مدعيها وان الاطلاقات والعمومات تكفي في اثبات
شرعيتها على الوجه المزبور ولا نهي عن مطلق الغرر على وجه يشمل هذه المعاملة
التي هي مبنية عليه وما في الغنية ظاهر في استثناء قطعة من الارض يختص بها
العامل او رب الارض وهو غير ما نحن فيه من اشتراط مقدار معين كلي من الحاصل
لاحدهما الذي قد عرفت عدم منافاته للاشاعة حتى لو كان لاحدهما بناء على انه
كاستثناء الارطال المعلومة في بيع الثمار مع انه قد يمنع جواز ذلك ايضا اذا كان
بطريق الشرط خارجا عن ارض المزارعة لعموم الادلة ولعل فيها ولعل منه
ما في ايدي الناس الآن من اشتراط التكارة المختصة بالسركار او الفلاح
او غيرهما ومن ذلك كله يظهر الوجه فيما ذكره المص بقوله اما لو شرط احدهما على
الآخر شيئا يضمنه من غير الحاصل مضافا الى الحصة من ذهب او فضة او غيرهما قيل و
القائل المشهور بل لعل عليه عامة من تأخر بل قد يشعر ما في المسالك ومحكي غيرها
بعدم الخلاف فيه حيث لم يعلم القائل بالآخر ولذا قال المص قيل يبطل وعلى كل حال فلا
ريب في ان الاول اشبه باصول المذهب وقواعده ما الحق المقابح في بعض الاخبار عليه
دلالة قيل ولعله ما اشار اليه في الكفاية من بعض المعتبرة عن الرجل يزرع له الحراث
الزعفران ويضمن له في كل جريب ارض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهما فربما
نقص وغرم وربما استفضل وزاد قال لا بأس اذا تراضيا عليه ولكن في المسالك ان
فائدة هذا الشرط بالسلامة كاستثناء ارطال معلومة من الثمرة في البيع ولو
تلف البعض منه سقط منه بحسابه لانه كالشريك وان كان حصته معينة
تلف قد يشكل ذلك هنا فانه لا يتم ما دل على لزوم الشرط بعد فرض كونه في الذمة
وبذلك يفرق بينه وبين استثناء الارطال التي هي بعض المبيع ولا مانع من كونه
كالشريك معه وقد يتم ذلك في المسألة الاولى وهي اشتراط قدر معين من الحاصل

بيان بعض الشروط المتعلّقة بها

ولعل المراد الثاني الشهيدين وان توهم بعض من تأخر عنه وتبعه عليه الآله كما ترى
لا وجه له بل لعل الحكم بالنقص بالسقوط منه بحسابه في المفروض اشكالا عملا
بالشرط الموافق لتعليل المنفي وغيره وان كان هو لا فرق ما لم يعلم ارادة خلافه
من الشرط ويكره اجارة الارض للزرع بالحنطة حنطة بالحنطة او شعيرا بالشعير
مع ضمان ذلك في الذمة واما اذا كان مما يخرج منها ويحصل فيها متخرصا للثمن
بذلك فالمنع اشبه باصول المذهب وقواعده ضرورة اعتبار ملكية الاجرة
التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجا او ذمة ولا شيء منهما في الفرض ومن ذلك
يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونه منها او من ارض اخرى معينة مثلا من غيرها
فلا بين استيجارها بجنس ما يريد زرعه فيها وغيره والى ما ذكرنا اشار
في خبر ابي بصير لا توجر الارض بالحنطة والشعير ولا التمر ولا بالاربعاء
ولا بالنطاف ولكن بالذهب والفضة لان الذهب والفضة مضمون وليس ٢هذا م
مضمون بناء على ارادة عدم اجارتها بذلك اذا كان منها حتى يصح التعليل
فيه بل منه يعلم كونه المراد من غيره من الاخبار المشتملة على النهي عن اجارتها
بالحنطة والشعير من دون تعليل خصوصا مع ملاحظة العادة في ذلك مضافا
الى خصوص خبر ابي بردة قال سألت ابا جعفر ع عن اجارة الارض المحدودة
بالدراهم فقال لا بأس قال وسألته عن اجارتها بالطعام فقال ان كان من
طعامها فلا خير فيه وخبر الفضيل بن يسار سألت ابا جعفر عن اجارة
الارض بالطعام قال ان كان من طعامها فلا خير فيه والمناقشة في السند والدلالة
مدفوعة بالانجبار بالشهرة العظيمة بل لم اجد مخالفا صريحا الا ما يظهر من
المص في النافع ويؤيد ذلك كله بالحسن عن رجل اشترى من رجل ارضا جربانا
معلومة بمائة كر على ان يعطيه من الارض قال حرام بناء على عدم ظهور
الفرق بين ثمن المبيع والاجرة هذا كله اذا شخص الثمن بذلك اما لو جعل في
الذمة ولكن شرط الاداء منها او من ارض معينة اخرى فلا يبعد الجواز
للعمومات ويجب عليه حكم الشرط مع احتمال البطلان فيجعله بما سمعته
من النصوص في خصوص هذا الشرط واما انا لم يذكر فلا تشخيصه

بيان بعض المكروهات

ولا شرطاً فلا ريب ان الاصول والعمومات تقتضي الجواز مضافاً الى التعليل المفهوم من الاخبار السابقة الحاكمة على اطلاق غيرها من النصوص الذي قد عرفت مع ذلك انسياقه الى ارادة ما يخرج منها من غير فرق في ذلك بين كون الاجرة من جنس ما يزرع فيها وغيره خلافاً للبعض فمنع منه مع كونها من جنس ما يزرع فيها الصحيح الحلبي عن الصادق لا تستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة وفيه مع عدم وفائه بتمام المدعى انه يمكن حمله على ارادة ما اذا كان منها بل لعله لا يخلو من ايماء اليه او يحمل النهي فيه على الكراهة لكن في المسالك فيه نظر لان النهي فيه مطلق ولا منافاة بينه وبين عموم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله والتحقيق ان المطلق والمقيد متى كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما بل يحمل المطلق على اطلاقه بخلاف المثبت وبملاحظة ذلك يخرج فيما كثير مما قررناه في مثل هذا الباب وقد مضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك حيث حكم لا يمكن فيها حمل المطلق على المقيد لبس بشيء وتحقيق ذلك في الاصول مع انه يمكن حمل الخبر الاول على الاطلاق كالثاني بان يريد بكونه من طعامها اي من جنسه ويتم به ظهور الكراهة منه ولو كان من نفسه لكان الاول تصريحاً بالمنع فان عدم التحريم لا يبلغ حد المنع فان المباح والمكروه لا يوصف بالخير ولا بغيره وبينه وبين الشر واسطة واما النهي فالاصل فيه التحريم فحمله على الكراهة بغير دليل امر غير حسن وقول ابن البراج بالمنع مطلقاً لا يخلو من قوة نظراً الى الرواية الصحيحة الآن المشهور خلافه قلت فيه ما لا يخفى عليك ضرورة التعارض بينهما بمفهوم الشرط الذي هو بحكم المنطوق وقد تقدم الكلام في مسألة بيع الطعام قبل قبضه والجمع بما عرفت اولى مما ذكره من وجوه احدها الاعتضاد بالشهرة العظيمة وما تقدم من تعليل المنع والحسن المذكور وبغير ذلك مما عرفته على وجه كشف عن ارادة ذلك من المطلقات اجمع حتى الخبر المذكور بشهادة ما في بعضها من التعليل الذي لا ينطبق الا على ارادة ما اذا كان منها فلا محيص للفقيه حينئذ عن ذلك وقد ظهر من جميع ما قررناه

سؤال كي من رد

بعم

١٣٣

وجه الحكم بالحرمة فيما اذا كان منها بل او من غيرها المعين وعدمها فيما اذا لم يكن من جنس ما تزرع فيه كما لو استأجرها بشعير في الذمة وزرعها حنطة بلا خلاف ولا اشكال وان كان لا يصح عدمها ايضاً فيه وان كان هو مكروهاً للصحيح السابق بل لا يبعد القول بالكراهة في مطلق استيجارها بالطعام بناء على التسامح فيها فيكون منه احتمال ارادة ما نص المطلقات والله العالم وكذا يكره ان يؤجرها باكثر مما استأجرها به الا ان يحدث فيها حدثاً او يؤجرها بجنس من غيره عند جماعة بل المشهور لكن قد اشبعنا الكلام في ذلك في كتاب الاجارة فلاحظ وتأمل الشرط الثاني تعيين المدة بلا خلاف معتد به بل لعل الاجماع عليه بناء على عموم النهي عن الغرر وروده على ادلة المقام ولولا رجحانه عليها لكون المزارعة كالاجارة في المعنى لا كالقراض الذي هو عقد جائز لا فائدة لضرب الاجل فيه بالنسبة الى جواز الفسخ واحتمال المزارعة الغرر بالنظر الى الحصة لا يقتضي احتمالها اياه من غير هذه الجهة وكون الزرع له امد لا يكتفى به في تعيين الاجل بعد فرض اعتباره كما في غيرها من الاجارة ونحوها مضافاً الى خبر ابي الربيع الشامي عن ابي عبد الله سئل عن ارض يريد رجل ان يتقبلها فاي وجه القبالة احل قال يتقبل الارض من اربابها بشيء معلوم الى سنين مسماة فيعمر ويؤدي الخراج فان كانت فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الارض فان ذلك لا يحل بناء على ارادة المزارعة من القبالة فيه او ما يشملها منه بعد وجه دلالة الصحيح الحلبي عنه ايضاً ان القبالة ان تأتي الارض الخربة فتتقبلها من اهلها عشرين سنة او اقل من ذلك او اكثر فتعمرها وتؤدي ما خرج فلا بأس به بل صرح به جماعة بوجوب كون المدة فيها مما يعلم فيها ادراك الزرع ولو من جهة العادة لان ادراك الزرع هو الملحوظ في المزارعة بل هو ركنها الاعظم حتى انه ظن من جعل ذلك هو المدار من بعض النصوص عدم اعتبار المدة في المزارعة وان ادراك الزرع هو الغاية فيها قال ابراهيم الكرخي قلت لابي عبد الله اشارك العلج فيكون من عندي الارض والبذر والبقر ويكون على العلج القيام والسقي والزرع والعمل حتى يصير حنطة او شعيراً ويكون القسم فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقي على ان للعلج منه الثلث ولي الباقي قال لا بأس وان كان المراد منه ان ذلك يكون من العلم

الشرط الثاني

حتى يدرك الزرع الذي هو المراد من المزارعة ولو مع ذكر المدة التي يبلغ فيها الزرع
ذلك فلا يجدي بالمدة القليلة التي يعلم قصورها عن الادراك فيها واحتمال التراخي
بعدها مع عدم لزومه عليها غير مجدٍ بل ومعه كما لو اشترط في عقد اللازم لكنه
خلاف المعلوم المعهود من المزارعة المتعارفة بل الحق ما توهم منه الخلاف في
ذلك كالمتن ونحوه مما اطلق فيه ذلك يمكن دعوى انسياقه الى ارادة المدة التي يدرك
فيها الزرع من المدة التي اعتبروها شرطا ثم ان ذلك متجه في الاجارة التي لم يكن مبناها
ولا المقصود منها ادراك الزرع لاحتمال ارادة قصيله ونحوه فكيف كان فبناء على
ما ذكرنا اذا اشترط مدة معينة بالايام او الاشهر او السنين ونحو ذلك على وجه
يدرك فيه الزرع صح لما عرفت واما لو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدة
ففي الاكتفاء بذلك منها وجهان احدهما نعم لان لكل زرع امدا معتادا فينزل
على العادة كالقراض ويكتفى به عن ذكر المدة والآخر البطلان لانه عقد لازم فهو
كالاجارة يشترط فيه تعيين المدة دفعا للغرر لان امد الزرع غير مضبوط وهو
هو مع عدم خلاف محقق فيه اشبه باصول المذهب وقواعده بعد القول باعتبار
المدة من المعلوم عدم الاكتفاء بمثل ذلك في جميع ما اعتبرت فيه من الاجارة وغيرها
وقد عرفت الفرق بينها وبين القراض كما انك قد عرفت المشابهة بينها وبين الاجارة ولذا لم
وعلى كل حال فلو مضت المدة والزرع باقٍ كان للمالك ازالته على الاشبه باصول المذهب
وقواعده التي منها قاعدة تسلط الناس على اموالها وعدم حل مال المسلم الا بطيب نفسه
خصوصا مع عدم حق للزارع بعد المدة التي ذلك فائدة جعلها عليه سواء كان بسبب الزارع
كالتفريط او من قبل الله كتأخير المياه او تغير الاهوية وطول طيه ادراك الزرع
لها وضربها المدة المربوبة لزعم ادراكه فيها لاقتضاء استحقاق بقاء الزرع بعد
المدة فما عن بعض من انه ليس له الازالة لانه قد حصل في الارض بحق فلم يكن للمالك قلعه
ولان للزرع امدا معينا غير دائم الثبات فاذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر
مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه واضح الضعف اذ الحق كان الى غاية فلا حق له
بعدها وان كان للزرع امد معين بل لو كان قصيرا كوضوح المعرفة المفرق بينه وبين
الاجارة التي هو اولى بالحكم هنا اللهم الا ان يقال ان الغاية فيها للزرع لا للمزارعة ولذا

تسلط المالك على ازالة المزروع في بعض الفروض

يبقى حكمها من الحصة فيما بعد الغاية ومن ثم فالمراد ان الزرع الذي غايته كذا عادة
متعلق المزارعة وذلك كاف في رفع الجهالة فاذا اتفق الخطأ بقيت المزارعة على حالها
من اللزوم فليس له الازالة ثم قد يجاب بان له الاجرة لما بقي من المدة على ما يخص الزارع
مع احتمال الاجرة للجميع لاستحقاق المالك عليه عوض المنفعة للاولى في الارض الحصة
في الزرع فحيث تقدمه يحتاج ابقاء الزرع تزاد من العامل خصوصا اذا كان التأخير
منه لتقصيره وفيه انه خلاف ظاهر المدة المضروبة التي هي مساوية للمدة
الاجارة من الاتيان بها لرفع الجهالة والغرر في عقد المزارعة هذا ولكن في
القواعد الاقرب ان للمالك الازالة مع الارش او التبقية مع الاجرة سواء كان
بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير او من قبل الله كتغير الاهوية وتأخير المياه
وفيه اولا ان المناسب لما ذكره في الاجارة من عدم جواز القلع لو كان تأخر ادراك الزرع
عن مدة الاجارة لا بتفريط المزارع عدم جواز القلع مع عدم التفريط هنا اولا
لان الاتجه جواز استيجار الارض مدة الزرع لا بد ذلك فيها خلافه هنا وثانيا
ان المتجه على الجواز اختصاص هذا القسم بوجوب الارش دون ما اذا كان التأخير
بتفريطه وثالثا انه لا بد من تقييد قوله او التبقية بالاجرة بكون ذلك
مع رضى العامل لامتناع الزامه باثبات عوض في ذمته من دون رضاه ورابعا
لادخاله في عين الاقرب ضرورة كونه قطعيا على فرض رضاه ثم ان الواجب هو
ارش زرع العامل دون المالك فان كان البذر منه وقلنا انه ينمو على ملكهما
كما هو الظاهر ومن ثم قلنا بوجوب الزكوة على كل منهما اذا بلغ نصيبه نصابا
فمقدار حصة المالك لا يجب ارشه ولو قلنا بانه ينمو على ملك العامل فارش
الجميع ومنه يعلم الحكم فيما اذا كان البذر من المالك او منهما ومتى قلع المالك
فالمتجه وجوب اجرة المثل للمالك للارض على العامل اذا كان التأخير بتفريطه
ولا يقع للحاصل لتضييعه منفعة الارض على المالك قيل ولو افضى تفريطه
بالتأخير الى نقص الحاصل نقصا ما خرج عن العادة فليس ببعيد
وجوب اكثر الامرين للمالك من الحصة واجرة المثل قلت يشكل انطباقه على
قاعدة شرعية يعول عليها والاعتبار بمجرده لا يصلح مدركا نعم يتجه في الاول

تدقيق انيق برز من مصدر التحقيق

اجرة المثل التي هي ايضا بطول كل منفعة تفوت على مالكها والفرض عدم التمكن من
معرفة الحصة التي كان يقتضيها عقد المزارعة وفي المثل الذي الحاصل ان امكن هذا
كما في المالك اما العامل فلا اجرة له على العامل للمالك وان كان التأخير من ابتدائه
قبل الا اذا حكمنا بجواز القلع فان المتجه وجوب اجرة المثل عليه لتضييع منافعه
مع احتمال الاكتفاء بوجوب الارش عنها قلت مضافا الى عدم ضمان منفعة
الحر بمثل ذلك واعلم ان الارش هو التفاوت ما بين قيمته باقيا بالاجرة وقيمته م
مقلوعا ويحتمل ان يلحظ في القيمة استحقاقه للقلع اذ المراد بالارش عوض
نقصان مالية باعتبار حالته التي هو عليها التي منها كونه مستحق القلع بالارش
اذ ذلك من جملة اوصافه اللازمة له لكن في المسالك انه لا يخلو من دقة وفيه
وفيه انه ليس المقام مقام دور رفع فرض مدخلية ذلك في قيمته يجد ملاحظته
والا كما هو الظاهر فلا والله العالم وكيف كان فلو اتفقا على التبقية جاز بعوض وغيره
بلا خلاف ولا اشكال لان الحق لا يعدوهما الى ان شرطا بت الارض عوضا
معينا افتقر في لزومه لعقد الاجارة الى تعيين المدة الزائدة واما الصلح فيقوى
جوازه وان لم يعين المدة كما انه تلزمه اجرة المثل ان لم يعين العوض الذي قد
اتفقا عليه كما هو واضح بل لعل الحكم كذلك حتى على القول بوجوب البقاء وان
لا فيكون استحقاقه للاجرة على ذلك فيتجه في جميعها ما عرفت والله العالم بطلان العقد في بعض الشروط
وعلى كل حال فلو شرط في العقد تأخيره ان بقي بعد المدة المشترطة بطل
العقد على القول باشتراط تقدير المدة فانه لا تقدير حينئذ اذ المدة هي مجموع
المذكور منها والمشترط والمفروض عدم تقديره بل الظاهر كفاية الجهل في المدة
المشروطة خاصة في بطلان العقد لكن في المسالك احتمال الصحة لان
المدة مضبوطة وما تضمنه الشرط بمنزلة التابع ذكر احتياطا لاحتمال الحاجة
وجهالة التابع غير مضرة كما تقدم غير مرة وفيه ما لا يخفى بل قد يقال بالبطلان
حتى مع تعيين المدة المشروطة للتعليق وللجهالة ولو باعتبار الترديد بين
الذي نعم يمكن ان المراد مدة لبقائه مجهولة الصحة باشتراط البقاء مدة
معينة وعلى كل حال لا دلالة لاستظهارها من دون تعليق له على بقاء بعد المدة

غيره مدركه لك كما انه يمكن القول بالصحة بناء على ان المانع الجهالة لا التعليق
بتنزيل ارادة اصل ثبوت استحقاق الابقاء ولو بالاجرة اذ مرجعه الى اشتراط
عدم القلع عليه وما يقرب من ذلك مما لا اشكال في صحته بالشرط
المزبور وان وجب التراضي بعد ذلك على تقديرها مع ارادة الاجارة
لزوم اجرة المثل في بعض الفروض الصحيحة او اجرة المثل او غيره ذلك فتامل جيدا فانه دقيق ولو ترك المزارعة
حتى انقضت المدة لزمه اجرة المثل ولو كان استاجرها لزمته الاجرة
لوضوح الفرق بينهما بتعذر معرفة المسمى في الاول ولذا وجب الرجوع الى
اجرة المثل بخلافه في الاجرة والظاهر اختصاص المالك بها لانها لا تكون هي
الحاصل فيجري عليه حكم ما اشترطاه في المزارعة من النصف والثلث
ضرورة ان ذلك في الحاصل من العمل في الارض والفرض عدم العمل منه اصلا
منفعة م فلا وجه لاستحقاقه شيئا بل الارض وكيف كان فهذا مع تمكين المالك له
منها وتسليمه اياها والا لم يستحق عليه شيئا لان المنع من قبله بل قد يناقش
ان للعامل اجرة المثل حيث انه فوت عليه المنفعة المستحقة له وعدم
العمل منه الذي هو المقابل لمنفعة الارض انما كان بتفريط المالك وتضييعه
فهو كما لو استؤجر على عمل في مدة فبذل له الاجير ويسوفه منه المستأجر
يلزمه م فتامل وعلى كل حال فحيث يلزمه ضمان الاجرة قال في المسالك لو شهد اهل الخبرة
نقصت بترك الزرع كما يتفق في بعض الارضين لاستناد النقص الى تفريطه
كما قال فيها ولم يفرق فيها بين ما اذا ترك العامل الانتفاع اختيارا او غيره
ظاهره عدمه ولا يبعد الفرق لعدم التقصير في الثاني خصوصا في الارش
ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة مع عدم حصول منه تقصير يوجب الانتقال
الى ما لا يقتضيه نعم يتوجه الحكم مطلقا في الاجارة لان حق المالك هو الاجرة
عوضا عن منفعة العين تلك المدة فاذا فاتت المنفعة فانما ذهبت على
مالكها وهو المستأجر اما المؤجر فلا حق له فيها انما حقه في الاجرة ولم تفت
قلت لا اشكال في الفرق بين الاجارة والمزارعة بذلك بل ان لم يكن اجماع
امكن القول بعدم وجوب اجرة المثل حتى في صورة التفريط ضرورة عدم

بطلان العقد بذلك وهو انما يقتضي الحصة المعدومة التي هي ليست
مضمونة في الذمة كما سمعته في مسئلة الاجارة بشئ معين من حاصلها
وان الممكن عدم حصول لها حتى لو زرع ولم يقصر فالرجوع بمنافع الى اجرة
المثل انما الرجوع الى تلف بضرورة عدم العوض ان في يده حتى يندرج في
عموم على اليد وعدم صدق اتلاف مال الغير لان عقد المزارعة جعله بحكم
ماله لا مال الغير نعم انما يجب عليه الاستنماء وتسليم الحصة وذلك انما يترتب
عليه الاثم لا الضمان وقاعدة فلا ضرر ولا ضرار لا يستفاد منها الضمان
ولكن يرفع اللزوم فيتسلط على الخيار وح تكون كالمضاربة التي يترك
العامل فيها العمل بلا فسخ لها وكذلك الكلام فيما لو كان التقصير في صاحب
الارض بعدم تسليمها الى المزارع بل عدم الضمان فيه اولى لعدم صيرورة
منفعة الارض ملكا له بعقد المزارعة حتى تكون يد المالك عليها عادية
يترتب عليها الضمان والضرر عليه بفوات انتفاعه بنفسه مثلا لا
يقتضي الضمان لان منافع الحر لا تضمن بذلك ومن ذلك كله ظهر لك الحال
حتى في الحكم بضمان النقص الذي يلحق الارض بعدم زرعها فان ذلك من
احكام يد الضمان التي ليست هذه اليد منها فتأمل جيدا والله العالم
الشرط الثالث ان تكون الارض التي يقع المزارعة عليها مما يمكن الانتفاع
بها في ذلك بان يكون لها ماء ولو تقديرا اما في نهر او بئر او عين او مصنع
او غير ذلك حتى الغيث فان لم يكن الانتفاع بها في ذلك لعدم امكان الماء لها لم
تصح المزارعة عليها للاصل بعد معلومية ارادة غيرها من العمومات والاطلاقات
بل هي من معاملات السفه ونظر العقلاء في تلو دفعها على ارضهم كل حال العقد
نافيا تجدد قابليتها لم يجد ذلك العقد واحتمال الاكتفاء بحالها في الواقع
المستور علينا ممكن الا ان الاظهر خلافه نعم قد يقوى بالصحة على الارض التي هي
حال العقد قابلة لذلك الا انه لم يعلم المتعاقدان بها فانكشف حالها بعد ذلك
لكن لا يخفى عليك ان مقتضى ما سمعته من الدليل على مانعية عدم قابليتها
للانتفاع بذلك للصحة لا اعتبار الامكان وتظهر الثمرة في المزارعة على الارض

التي

التي لها ماء نادر وان تردد في ذلك في التذكرة من عدم التمكن من ايقاع
ما وقع عليه العقد غالبا ومن امكان الوقوع ولو نادرا الا ان المتجه الصحة
بناء على ما ذكرنا للعمومات وهل هذا الشرط هنا كشرط القدرة على التسليم في
البيع الذي قد اطنبنا فيه في محله وكثير من مباحثه فان هنا بادني التفات
فلاحظ وتأمل هذا ولكن في الارشاد ولو زارع على ما لا ماء له بطل الا مع علمه
ومقتضاه الصحة مع العلم الا ان الظاهر ارادته عدم الماء فعلا وان كان يمكن
حفر بئر مثلا لان المراد الصحة على ما لا يمكن الانتفاع بها للزرع الذي من مواضع
عدم صحة المزارعة عليها بل الارشاد بني ما اعترف به هو وغيره من الشرط
الثالث الا ان المتجه ح على هذا التنزيل الخيار مع الجهل كما نسمعه منه في
القواعد ومن المحتمل بناء على البطلان وكانه لم يفهم منه ذلك في الرياض حيث
انه بعد ان ذكر الشرط المزبور قال لا خلاف في اشتراطه في الجملة وان
اختلفوا في متعلق الشرط هل هو الصحة مط كما هو ظاهر العبارة فيبطل العقد
مع عدمه مط ولو مع العلم بفقده ابتداء او عدمه بعد وجوده او في
صورة الجهل بعدمه حين العقد خاصة كما هو ظاهر الفاضل في الارشاد
حيث حكم بالبطلان بعدمه الا مع العلم به او اللزوم وفي صورة الجهل خاصة
فللعامل الخيار فيها بعد العلم واما صورة العلم ابتداء بعدمه حين العقد
فليس شرطا اصلا بل يلزم فيها كما هو صريح القواعد ووجهه كالسابق غير
واضح بعد ما قررناه سيما هذا وجل على محامل بعدهما لا تنطبق على شئ
مما قدمناه من الادلة قلت سمعت عبارة الارشاد وما يمكن تنزيله
عليه وكذا عبارة القواعد التي هي الثالث امكان الانتفاع بالارض في الزرع
بان يكون لها ماء اما من نهر او بئر او نهر او مصنع وكذا التي اجرها له
للزرع ولو زارعها او اجرها له ولا ماء لها تخير مع الجهل لا مع العلم لكن
في الاجرة يثبت المسمى ضرورة استبعاد ارادته الصحة مع العلم بعدم
امكان الانتفاع بها في ذلك بعد ان ذكر ذلك عقيب اعترافه بالشرط
الثالث نعم انما الكلام في قول المصنف وغيره ولو انقطع الماء في اثناء المدة

ثبوت الخيار للزارع في بعض الاحوال

فللزارع الخيار لعدم الانتفاع حينئذ بالزرع عليها او استاجرها للزراعة وعليه
اجرة ما سلف ويرجع حجج باجرة ما قابل المدة المتخلفة من وجوه احدها ان
المتجه البطلان اذا خرجت بانقطاع الماء عن عدم قابلية امكان الانتفاع بها للزرع
لا الخيار ضرورة اتحاد المدرك لغرضه ابتداءً واستدامةً وحمله على ارادة انقطاع
الماء المعتاد لها الذي قدم عليه المزارع لا مطلق الماء حتى حفر بئر جديد لها مثلاً
بعيد ضرورة ايجاب مثله الخيار في باقي العقود اللازمة لقاعدة لا ضرر والغرر
وغيرها الا انه ينافيه ما ذكرا اخيرا من وجوب الاجرة عليه لما سلف من المدة
مع الفسخ فان ذلك لا يتجه في المزارعة التي كان الفسخ فيها من عدم امكان الاكمال
وليس لها اجرة مسماة بل الحصة من الحاصل الذي تعذر بالقهر الا ان يجعل
ذلك في الاجارة خاصة بقرينة قوله ويرجع الخ فانه لا يتصور في المزارعة نعم
لا يتجه ذلك في مثل عبارة اللمعة التي لم يذكر فيها غير المزارعة قال ولو انقطع
في جميع المدة انفسخت وفي الاثناء يتخير العامل فان فسخ فعليه بنسبة ما سلف
وكذا الارشاد وان امكن توجيهه بانه مع فرض عدم خروجها عن قابلية
الانتفاع لامكان استنباط ماء جديد لها يكون اتلاف منفعة الارض باختياره
الفسخ خصوصاً مع بذل المالك لما يأتي به الماء مضموناً كالاجارة وان اختلفا في
التقسيط باعتبار المسمى واجرة المثل كما انه يتجه ضمانه في صورة عدم عدم
قابليتها للانتفاع بالمزروع اصلاً لاجرة المثل مما سلف من المدة بناءً على اقتضاء
ذلك الانفساخ من الاصل بمعنى ظهور بطلان المزارعة من اول الامر لكون
المنفعة في يده مضمونة ولو بالحصة التي مع بيان عدم امكانها يقوم مقامها
اجرة المثل فان ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده واحتمال ارادة الفاضل
والشهيد ذلك ينافيه تصريحهم بالخيار المقتضي لوجود الصحة فعلا فتامل
فانه بما ذكرنا اتضح لك الحال في جميع صور المسألة في المزارعة والاجارة للزرع
التي هي مثلها في الحكم اذا اخذت الزراعة موردا لها اما اذا كانت داعيا
لكون الارض معدة لذلك ومعظم ما يراد منها ذلك فانتفى تعيينها في
الاثناء وخروجها عن القابلية لتعذر الماء مثلا فالمتجه الخيار ايضا لقاعدة

الضرر

الضرر وامكان الانتفاع بها في غير تلك المنفعة لا ينافيه وان قابلت نفع الزراعة
الا من حصل موجب الخيار بنقص الارض عن الحال التي اقدم عليها به واستاجرها له
وربما يأتي لذلك تتمة ان شاء الله العالم هذا ومن الغريب في جامع المقاصد من قوله
اعلم ان قول المصنف الا مع العلم يريد به عدم بطلان المزارعة والاجارة للزرع مع العلم
بان الارض لا ماء لها وهو صحيح على القول بجواز التخطي عن المنفعة المشروطة مما يكون
مساويا او اقل ضررا ومع ذلك لا شيء للمالك في المزارعة لعدم امكان الانتفاع الذي يحصل
به الحصة المشترطة فينبغي التنبه عليه اما في الاجارة فيجب عليه المسمى لصحة الاجارة
وعلى البطلان فلا يجب شيء اذ لا يخفى عليك عدم اعتماد ذلك في المزارعة التي وقع عقدها
على الزرع وكذا الاجارة التي فرض موردها الزرع وان المتجه وجوب الاجرة المثل
مع البطلان من رأس كما عرفت حتى في المزارعة وكيف كان فاذا اطلق المزارعة
زرع العامل الذي هو المخاطب بالزرع ومراده منه العمل ما شاء من افراد الزرع التي
ينصرف اليها الاطلاق ضرورة تكون هذا المطلق كغيره من المطلقات في الانصراف
الى المعهود المتعارف ان كان وعدمه فما وقع من بعض الناس هنا مما ينافي ذلك
وغيره محل نظر في المسالك انما يتم ذلك اي التعميم اذا كان البذر من عنده اما من عند
صاحب الارض فالتعيين اليه بطريق اولى لا الى المزارع وفيه انه لا منافاة بينهما بعد
فرض ظهور الاطلاق في ذلك وان المخاطب المأمور بالزرع فعلى كل حال
فالتخيير مع الاطلاق اصلاحية كل فرد من الافراد التي ينصرف اليها الاطلاق
لوجوده في ضمنه واصرح من ذلك التعميم لكن عن التذكرة انه قوى وجوب التعيين
مع الاطلاق لتفاوت ضرر الارض باختلاف جنس المزروع وعما فيلزم من ترك التعيين
الغرر بالغرر وانما العموم الدال على الرضا بالاخير رده في المسالك بان المالك راض معه
بذلك الاخير من حيث دخوله في تحت الاطلاق المفروض رضاه به قال وربما
فرق بينهما بان الاطلاق انما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الافراد و
لا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالاشد ضررا من غيره اذ ليس في
اللفظ اشعار بذلك الوجه ولان الدال على الاعم غير دال على الاخص بخلاف ضرره
اذ الرضا بالقدر المشترك انما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين

اطلاق المزارعة

الكل الا على الرضا بالزائد فلا يتناول المتوسط ولا الاشد بخلاف المقام الدال على الرضا بكل فرد فرد ودده في المسالك ايضا باحاصله ان الفرد المشترك المعنى لمصدق او نفس الحقيقة لا الافراد اللازمة لها وهو في مسئلتنا الزرع الحاصل بكل فرد فرد من افراد المزروعات لانها مشتركة في هذا المعنى وان اختلفت في الضرر وغيره سواء قلنا ان المطلق هو الدال على الماهية بلا قيد او النكرة بلا صلاحيته لكل فرد على البدل ظاهره وان اختلف في القوة والضعف بل على الاول وطرا حكموا بان الامر بالضرب مثلا يتحقق امتثاله بكل جزئي من جزئياته كالضرب بالعصى والسوط ضعيفا وقويا ومتوسطا حتى قيل ان الامر به امر بكل جزئي او اذن كل جزئي قلت لا ريب في عدم دلالة المطلق على ارادة الافراد بل قد يحضر في الذهن ويكون معنويا ولا يحضر شئ منها فيه والرضا به ح ليس رضا بها على اختلافها فلا يترتب به فيما يعتبر فيه المعلومية وعدم الغرر بخلاف التكاليف التي يراد فيها نفس المطلق والفرد انما هو مقدمة ولا مدخلية للغرر والمعلومية في شئ منها ثم قد بينا فيما سبق في اصل اعتبار المعلومية التي لا يترتب فيها عن المطلق هنا ثم انه لا يخفى عليك ان ما ذكره الفارق لا يقتضي عدم جواز المطلق بل اقتضاه الاقتصار على الافراد المتساوية في مقدار الضرر دون المتوسط والشديدة اللهم الا ان يدعى جهوليته ذلك فيبطل ح من هذه الجهة والله العالم وكيف كان فان تعين زرعت الارض الزرع على العامل مشخصا او نوعا على كل حال لم يجز له التعدي الى الآخر قطعا لعموم الوفاء بالعقد والشرط وح فلو زرع ما هو اضر والحال هذه كان للمالك اجرة المثل ان شاء فسخ العقد بالخيار الحاصل بعدم الوفاء بالشرط كالبيع والاجارة او المسمى ان شاء لزومه مع الارش للنقص الحاصل في الارض بسبب زرع الآخر فيها كما صرح بذلك جل الفاضل لكن اشكله ثاني المحققين والشهيدين واتباعهما بان الحصة المسماة انما وقعت في مقابلة زرع المعين ولم يحصل والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الاذن فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة فوجوب اجرة المثل ح اقوى قلت كان ذلك منهم بناء على تشخيص المزارعة بما وقع من التعيين ولو على جهة الاشتراط ولا ريب في فساده على التقدير المزبور بل قد يقال بعدم تشخيصها بذلك مطلقا وان كان ما

حكم ما لو زرع ما هو اضر

ما وقع فيها منه ليس الا على جهة الشرطية فان حقيقة المزارعة ليست الا زرع الارض بحصة من حاصلها كائنا ما كان الحاصل وانما يذكر التعيين من الشرائط لا انه منوع للمزارعة فليس هو ح الا كذكر المكان في المضاربة التي قد عرفت ضمانه للمال مع بقاء المالك على حصة لو تعدى وضمن الغير ذلك المكان الا ان الشرط لما كان في عقد لازم وقد عرفت في كتاب البيع اقتضاء عدم الوفاء به الخيار لمن له الشرط اتجه ح ما ذكره المتن والفاضل فله الفسخ والمطالبة باجرة المثل وعدمه فله المسمى من الزرع المخصوص الداخل في كلي المزارعة وله الارش عوض النقصان الحاصل بسببه لعدم الاذن فيه بالخصوص ومن هنا يتجه عدم انفساخ المزارعة ح بتعذر المعين خصوصا اذا كان شخصيا كما انه مما ذكرنا يظهر الوجه ايضا في قوله ولو كان فيه زرع الاقل ضررا جاز بتقريب ان المراد من التعيين معه الاذن في الانتفاع بالارض فهو كالاجارة بالنسبة الى ذلك لكنه استشكله ثاني المحققين والشهيدين ايضا بان غرض المالك ليس منحصرا فيما يتعلق بمصلحة الارض بل المقصود الذاتي له انما هو الانتفاع بالزرع ومصلحة الارض تابعة لا مقصودة بالذات ولا شك ان الاغراض تختلف في انواع المزروع فربما كان غرضه بالاشد ضررا من حيث تعوده واحتياجه اليه وان حصل للارض ضرر ولا يتعلق غرضه بالاخف وان انتفعت به الارض الا ترى ان الارض لو انتفعت بترك الزرع رأسا لم يكن ذلك كافيا في جواز ترك المزارع العمل نظرا الى مصلحة الارض فالاقوى عدم التعدي لما عين مطلقا نعم مثل هذا يجري في اجارة الارض لزرع نوع معين فان عدول المستاجر الى ما هو اخف ضررا منه متجه لان الغرض في الاجارة للمالك تحصيل الاجرة وهي حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن ارضه واولى منه لو ترك الزرع طول المدة فانه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر على الارض لحصول مطلوبه وهو الاجرة بخلاف المزارعة فان مطلوبه الحصة من الزرع المعين فلا بد له على الرضا بغيره ولا يتناوله بوجه قلت ولعله لذا خيره الفاضل هنا بين الفسخ واخذ اجرة المثل واخذ اجرة المسمى نحو ما سمعته في زرع الآخر الا انه لا ارش هنا لعدم النقص لكن الجماعة ايضا استشكلوا بما عرفت من عدم الوجه لاخذ المسمى

جواز زرع الاقل ضررا

من الزرع الذي لم يدخل في عقد المزارعة وجوابه ما علمت بل لعل ظاهر المتن
عدم الخيار ايضا والتحقيق في المسألة انه ان كان المقصود من التعيين تقييد
الاذن في الانتفاع بالارض فلا ريب في صحة ما ذكره المصنف صريحا في صورة تقييد
الآخر الذي هو المعين وان كان المقصود من ارادة المعين فالاصح ما ذكره
الفاضل خصوصا في صورة التعذر لما سمعته سابقا من ثبوت الخيار بنحو
من الشرائط وكذا مع اشتباه الحال ولعل غرض المتن الاول مع دونه كونه في بيان
الاذن في زرع ما يؤذيه في صورة الاطلاق والتعيين فتأمل جيدا فان المسألة
غير محررة في كلامهم حتى مسألة الاجارة التي ذكرها المعترض ضرورة امكان القول
بلزوم المنفعة المخصوصة وعدم جواز الاخف منها خصوصا على ما عساه الظاهر
من كلامهم من كون ذلك مشخصا للاجارة وفرق واضح بين الانتفاع بالاخف الذي
لم يحصل الاذن فيه وبين عدم الانتفاع اصلا فان ذلك ليس تصرفا فيها بغير
اذن المالك بخلاف الاول الذي يتجه عليه اجرة المثل بناء على ما ذكروه كما ان
المتجه بناء على ما ذكرناه مع فرض عدم ارادة التقدير بذلك الخيار فله الفسخ و
الرجوع باجرة المثل والامضاء والاقتصار على المسمى ولو زارع عليها او آجرها للزراعة
ولا ماء لها تعذر مع علم المزارع لم يتخير لاقدامه على ذلك واما مع جهالته فله ثبوت الفسخ له في بعض الاحوال
الفسخ لتضرره بانتظاره لاتيان بالماء لها حفر بئر او غيره مع احتمال عدم
كفايته لها وقد تقدم تحقيق المسألة في ذلك وانه جزم جماعة منهم الشهيد في الكتاب
بالبطلان لفقد الشرط الذي هو امكان الانتفاع بها بالزرع من غير فرق في ذلك
بين العلم والجهل لا التخيير المزبور الذي هو فرع الصحة بل لعل الحكم بالشرط المزبور
مع التخيير المزبور من المتدافع لكن في المسالك هنا بعد ان ذكر ذلك هنا قال
ويمكن الجمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للارض ما يمكن الزرع
والسقي به لكنه غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه الى تكلف اجراء ساقيه
ونحوه والمنع على ما لو لم يكن لها ماء مطلقا وهو جيد لو ثبت ان مثل هذا
القدر يوجب التخيير وان الاطلاق يقتضي كون الماء معتادا بلا كلفة الا
ان اطلاق كلامهم يأباه فانهم اشترطوا في الحكم بالجواز على امكان السقي بالماء من

غير تفصيل وبالتخيير على عدم الامكان وايضا فان احداث النهر والساقية و
نحوهما لازم للمالك سواء كان معتادا او لا كما سبق التنبيه عليه ولا فرق
ح بين كون الماء معتادا او غيره في عدم الكلفة على الزارع ولا نوى عدم الصحة
هنا على هذا الاطلاق ومثله ما لو استأجرها للزراعة فلنا لعل التأمل في كلام
الفاضلين واتفاقهما على القطع بالصحة في صورة العلم بلا تخيير واما اختلافهما
في صورة الجهل ففي الارشاد البطلان وفي المتن والقواعد التخيير يقتضي ما اشرنا
اليه سابقا من انه لا اشكال في الصحة واللزوم مع الامكان بمعنى القابلية فعلا او
لو باحداث ماء لها واما الارض المحتاجة لتحقق القابلية بسبب احتمال اجراء ماء صالح
لزراعتها وعدمه فلا ريب في انه يصح عقد المزارعة عليها مع العلم بحالها مراعيا له
واما مع الجهل فيحتمل التخيير لما في الانتظار من الضرر كما في المتن والقواعد ولانه يمكن
ان يلحق الوصف في البيع والبطلان كما في الارشاد لتعارف القابلية المتحققة في
الاقدام على ارض المزارعة ولعل الاول لا يخلو من قوة او يقال ان قول الاصحاب ولا ماء
لها اتم من عدم امكان زرعها ضرورة امكانه بنقل الماء او نضبه او نحو
ذلك بل الظاهر بقرينة ما ذكروه من الشرط لجواز امكان زرعها الا انه على
ذلك الوجه ولا ريب في الصحة واللزوم مع العلم والخيار مع الجهل ويكون نظرهما
على هذا الوجه او البطلان كما سمعته من الارشاد لما ذكرناه من كون المقصود
غيرها للعادة ولعل هذا جار في المزارعة وفي الاجارة ايضا اذا كان مورد العقد
فيها الزراعة اما لو استأجرها مطلقا ولم يشترط الزراعة لم يفسخ وان لم يكن عالما
بحالها لامكان الانتفاع بها بغير الزرع الذي لا يشترط في صحة اجارة الارض الحكم بعدم الفسخ في بعض الاحوال
امكانه ضرورة كونه نوعا من انواع الانتفاع ولا يشترط في استيجار شيء ان
يمكن الانتفاع به في جميع الوجوه بل يكفي امكان مطلق الانتفاع حيث يطلق وهو
هنا كذلك لامكان الانتفاع بالارض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مراحا
ومستراحا وغير ذلك وان كان الغالب في الارض الزراعة الا ان مطلق
الغلبة لا تقيد الاطلاق الا ان تكون على وجه يفهم ارادة ذلك من الاطلاق
ولو مع انضمام قرائن الاحوال وغيرها والا اتجه البطلان لا الخيار اللهم الا

بيان حكم استيجار ما لا ينحسر عنه الماء

ان يكون الزرع معظم المقصود منها والداعي الى استيجارها فانه لا يبعد الخيار ح
للضرر وعلى كل حال فقد بان لك انه لا خيار مع اطلاق الاجارة الخالي عما
يقتضي تقييده وكذا لو زارع او شرط الزراعة وجعلها مورد العقد اجارة
الارض ولكن كانت في بلاد تسقيها الغيوث عادة لاطلاق الادلة وعمومها التي
لا فرق فيها بين كون الماء من غيث او زيادة نهر او اجراء ساقية او غير ذلك كما
هو واضح ولو استاجر للزراعة ما لا ينحسر عنه الماء وكان جاهلا بذلك لم يجز
لعدم العلم بمحل الانتفاع من الارض ولو علم المحل ورضي بذلك المستاجر قبل جاز
لكونه ح كاستيجار الارض التي لا ماء لها للزراعة ولكن لو قيل بالفرق بينهما
فيحكم بالمنع هنا لجهالة الارض بخلافه هناك كان حسنا نعم لو فرض علم الارض
سابقا او كان الماء صافيا يمكن معرفة الارض معه اتجه ح تساوي المسئلتين
في الحكم بعد فرض امكان الزرع في المقام بزرع ما لا ينافي انحسار الماء او بعلاج
حسر الماء او غير ذلك ضرورة عدم الفرق في عدم استعداد الارض للزراعة
بين كونه من عدم الماء لها او من عدم انحسار الماء عنها فتتجه الصحة بلا
خيار مع العلم وبخيار مع الجهل نحو ما سمعته في المسئلة السابقة واحتمال عدم
الصحة فيها باعتبار عدم استعداد الارض للزراعة فليست من ارض المزارع
بل ربما كان استيجارها للزراعة او المزارعة عليها على هذا الحال غير جار على
قياس افعال العقلاء يدفعه عموم الادلة واطلاقها واقصى ما في هذا الحال
التسلط على الخيار مع الجهل وكذا احتمال البطلان حال الجهل خاصة الذي سمعته
من الارشاد في المسئلة السابقة فانه لا بد ان يخلق المعتاد على خلاف الوصف
المساعد على الخيار وبذلك كله ظهر لك ان مراد الاصحاب في المسئلتين بعد احراز امكان
الزرع الذي صرحوا بشرطيته الا انه على غير الوجه المعتاد في ارض المزارع لان
المراد بما ذكروه من عدم الماء او عدم انحساره الكناية عن عدم امكان زرعها
فان ذلك لا يناسبها الخيار لا التعليل بالجهالة كما هو واضح بادنى تأمل مع
حسن الظن بهؤلاء الفحول وعلى كل حال فان كان الماء الذي لا ينحسر قليلا
يمكن معه الزرع جاز ولكن يتسلط ايضا على الخيار مع فرض النقصان في الزرع

والجهل

والجهل بما ليتهما لو كان الماء ينحسر عنها انه يتجاوز بعض لجهالة وقت الانتفاع ولو
رضي بذلك المستاجر ضرورة عدم كفاية الرضا بفاقد شرط الصحة
فيها لكن في القواعد تقييد المنع بعدم رضى المستاجر فلو رضي صح وفي المسالك
هذا التام فيما يكون كالعيب المجبر بالرضا والخيار لا في الجهالة عن تقدير المنافع
به نظرا الى امكان الانتفاع في الجملة انما يجب انقطاعه تدريجا لنقصان المنفعة
فلا وجه للحكم بعدم الصحة بل ينبغي تخيير المستاجر مع الجهل وح فما اطلقه
المص اوضح قلت ان ثبت ان مثل هذا الجهل يقدح في الاجارة خصوصا بعد معلومية
انحساره عنها وقت صلاحية الزرع في الجملة والفرض استيجارها مدة
تشتمل على ذلك وان لم يتحقق اول وقت الانحسار او وسطه او آخره و
لعل العلامة لحظ ذلك فحكم بالصحة مع الرضا اما حكمه في الفساد مع
الجهل فلما عرفته غير مرة من احتمال انصراف القصد الى الارض المستعدة
للزرع على الوجه المعتاد وان كان الذي يقوى ثبوت الخيار مع ذلك لا
الفساد لكون المفروض وقوع العقد على الارض المشخصة فتامل جيدا ثم لا يخفى
عليك جريان هذه الاحكام في المزارعة على الارض المذكورة فكان ذكرها في
بابها اولى من استطراد الحكم الاجنبي او التعميم وربما قيل فرقا بين المسئلتين بان
المنع مخصوص بالاجارة اما المزارعة عليها فجائزة والفرق ابتناء الاجارة
على المعلومية في الاجرة فلا بد من العلم بمقدار مقابلها من المنفعة بخلاف
المزارعة التي كان العوض فيها الحصة المجهولة فيتسامح بما يقابلها من المنفعة
بالابتناء بمثله وغيرها الآن ظاهر الاصحاب خلافه وانه لا فرق بين المزارعة
والاجارة للزرع في ذلك واغتفار الجهل في الحصة في المزارعة التي شرعت على ذلك
لا يقتضي اغتفار الجهل من جهة اخرى والله العالم ولو شرط الغرس والزرع
في استيجاره الارض ولم يفهم من ذلك التنصيف افتقر الى تعيين مقدار كل
واحد منهما لتفاوت ضررهما وكذا لو استاجر لزرعين او غرسين مختلفي
الضرر للغرر الحاصل من الاطلاق الذي هو بالنسبة الى ذلك كالمجمل فيمكن
الاقتصار معه في الاحق على مسماه لكن في المسالك هنا هذا كله اذا استاجرها

مطم اما لو استاجرها فيتفع بهما بما شاء صح وتخيل ان ذلك تعيين والا فوا
وقدوم على الرضا بالاخر وفيه انه مناف لما ذكره سابقا عند قوله المتم ره
واذا اطلق المزارعة زرع ما شاء من ان المطلق كالعام بالنسبة الى ذلك
فيصح جعله العنوان في المزارعة والاجارة ويكتفى بدلالته من حيث
صلاحية كل فرد لتحققه على الاذن لكل فرد من الافراد ان تفاوتت في الضرر
اذ ذلك منه رضا بالاضر وان كان التحقيق خلافه وانه لا دلالة في المطلق
على ذلك وليس هو جهة تعيين يكتفى به في ذلك بخلاف التعميم فانه جهة
تعيين لها ولو بالعمومية صيرورة كون العموم من عوارضها بخلاف
الاطلاق فانه شيء خارج عن الافراد ولا يعمه يخطر في الذهن بحضوره
نعم بناء على جواز جعله عنوانا في المزارعة فلا يجب الاقتصار في زرع الافراد
المتساوية في مقدار الضرر ولا يجوز زرع الاضر فانه لا دلالة فيه على
الاذن به وان كان هو فرد المطلق ايضا ولعله لذا اعتبر هنا التعيين عند ذكر
الزرعين او الغرسين المختلفين في الضرر واكتفى بالاطلاق هناك او انه فرق
بين المزارعة والاجارة وفيه عدم تساوي افراد الزرع اجمع وعدم معرفة
الا في صورة منها اتجه عدم الاجتزاء بالاطلاق وبالجملة فرق واضح بين
المطلق والعام كما ان من الواضح هنا البطلان في المقام لاحتمال الاضر فرض اشتباه
التصحيف والله العالم تفريع لو استاجر ارضا مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى
بعد المدة غالبا صح ما لم يكن سبقها الا الا فالا ولا عمومها بل قيل يجب على المالك ابقاؤه
بالاجرة او ازالته مع الارش لان المستاجر غير معتد بالزرع اذا انتفى كونه
مالكا للمنفعة تلك المدة فله الزرع وذلك موجب على المالك ذلك لعموم
قوله ليس لعرق ظالم حق الذي حكي عن فخر المحققين اجماع الاصوليين عليه
في هذا الحديث وان اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره وح وجب
الجمع بين الحقين وهو انما يكون بما عرفت من التخيير المزبور للمالك الذي يمكن
دعوى ترجيح حقه على الاخر فلذلك استاثر بالتخيير المزبور وقيل له ازالته
كالغرس بعد المدة فلا ارش له لانه دخل على ان لا حق له بعد المدة اذ منفعة

المدة هي المبذول له في مقابلة العوض فلا يستحق بالاجارة شيئا وهو لا قوى عند
ثاني الشهيدين لا الاول الذي هو اشبه عند المص قال وعدم تعدي المستاجر
بزرعه في المدة لا يوجب له حقا بعدها مع استناد التقصير اليه وكلفه هو
ضعيف ودعوى الاجماع هنا على العمل به لم تثبت وعلى تقدير صحته نمنع من كونه
بعد المدة غير ظالم لانه وضع عرقه في ارض لا حق له فيها والزام المالك باخذ
الاجرة او الارش على خلاف الاصل فلا يصار اليه بمثل ذلك لكن قد يقال بعد
عدم معلومية فساد دعوى الاجماع المزبور بل هو قد عمل به فيما لو استاجر
للزرع مدة يدرك فيها غالبا لكن اتفق عدم ادراكه فيها لا للتقصير بل
لكثرة الامطار وتغير الاهوية او غيره فاوجب الجمع بين الحقين بالابقاء بالاجرة
ان الظاهر من الخبر ثبوت الحق لمن كان اصل وضع عرقه بحق وانتهاء الحق
من حيث الاجارة لا ينافي ثبوته من الخبر المزبور وان لم يكن اجماع لامكن
ظهوره في استحقاق الابقاء على وجه يجب على المالك اجابته مع دفع الاجرة
وليس له القلع ح وان بذل الارش الا ان الاظهر كون التخيير المزبور بيد المالك
وربما زاد بعضهم في وجوه التخيير دفع قيمة الغرس ليملكه الا انه كما ترى وان كان
في بعض الاخبار نوع شهادة والله العالم اما احكامه ففيها مسائل الاولى الثالثات من
احدهما الارض حسب ومن الاخر البذر والعمل والعوامل تتم بلفظ المزارعة ولذا لو كان
من احدهما الارض والبذر ومن الاخر العمل او كان من احدهما الارض والعمل ومن
الاخر البذر وبالجملة جميع الصور المتصورة في هذه الاربعة كلا او بعضا بين
المزارع والمزارع جائزة نظرا الى العموم والاطلاقات بلا خلاف اجده في شيء
منها عندنا بل ربما ظهر من بعضهم الاجماع عليه نعم في القواعد في صحة كون البذر
من ثالث نظر وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع وفي المسالك و
جامع المقاصد ينشأ من عموم الامر بالوفاء بالعقود والكون مع الشروط
من توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشرع ولم يثبت
منه مثل ذلك والاصل في المزارعة قصة خيبر ومزارعة النبي على اليهود
ان يزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها وله شطره الاخر وليس فيها المعاملة

٢ قلت

تفريع

بيان الاحكام وفيه مسائل الاولى

مع اكثر من واحد وكذا باقي النصوص التي وردت من طرقنا لان العقد
يتم باثنين موجب وهو صاحب الارض وقابل فدخول ما زاد يخرج العقد عن
وضعه او يحتاج اثباته الى دليل بل في الاول منها الاجود عدم الصحة وانكر
عليه في الحدائق حاكيا له عن الاردبيلي بنحو منافاة ذلك لاطلاق الادلة ولما
يفهم من خبر قصة خيبر وان اليهود كانوا كثيرين وقد زارعهم النبي ص ولما
هو معلوم جوازه في باقي العقود من تعدد الموجبين والقابلين الا ان
الجميع كما ترى ضرورة عدم تناول الاطلاقات لما هو المفروض الذي هو
تركب العقد من ثلثة او اربعة على وجه تكون اركانا له وان المزارعة ح مركبة
من مالك ارض ومن ذي عمل ومن ذي عوامل ومن ذي بذر وانه لم يعهد
في شيء من العقود كذلك لا ان المراد عدم صحة وقوع المزارعة من اكثر من اثنين
بمعنى عدم جوازها من الشركاء في ارض مثلا او عدم جوازها لجماعة
على وجه الشركة في عمل الزراعة فان ذلك لا يتصور منعه ممن له ادنى
درية بل يمكن القطع به من ملاحظة نصوص الاكرة والعلوج وغيرها وقصة
خيبر انما هي من ذلك لا من محل الفرض الذي لا دليل على جوازه بل قد يستفاد
من قول الص في خبر ابي الربيع الشامي وغيره المفروض فيه التسمية للبذر ثلثا
وللبقر ثلثا لا ينبغي ان يسمى بذرا ولا بقرا ولكن تقول لصاحب الارض ازرع ارضك
ولك منها كذا وكذا نصفا او ثلثا او ما كان من شرط ولا تسم بذرا ولا بقرا
فانما يحرم الكلام عدم جواز ذلك والا كان ما في هذه النصوص ساقطا اذ
لم ار احدا افتى بمضمونها سوى ما حكي عن الجنيد قال ولا بأس باشتراك
العمال بأموالهم وابدانهم في مزارعة الارض واجارتها اذا كان على كل واحد
قسط من المؤنة وله جزء من الغلة ولا يقول احدهم ثلث البذر وثلث للبقر
وثلث للعمل لان صاحب البذر يرجع اليه بذره وثلث الغلة من الجنس
فهذا ربا فان جعل البذر دينا جاز ذلك وعن ابن البراج لا يجوز
ان يجعل للبذر ثلثا وللبقر ثلثا ويمكن ارادتهما ايضا ما ذكرناه لكن في
المختلف بعد ان ذكر النصوص المشتملة على ذلك والبحث الاذاعة ولاد باعها

الا ان الربا انما يثبت في البيع خاصة قلت بناء في الكراهة التعليل في النصوص بانه
انما يحرم الكلام المراد منه بحسب حكم الحرمة والفساد مع هذه التسمية و
التوزيع بخلاف ما لو جعل الحصة في مقابلة الزراعة وان كانت هي في الواقع
ملاحظة في مقابلة ذلك كما هو واضح وليس المراد الربا حقيقة بل المراد شبهه
او في خصوص ما لو جعله قرضا مشترطا ذلك والا فلا ربا قطعا في ثلث
البقر مثلا كما هو واضح ومن الغريب ما في حواشي المجلسي من ان قوله للبذر
ثلثا الخ يحتمل وجهين احدهما ان اللام للتمليك والنهي لكونهما غير قابلين للتملك
وثانيهما ان يكون المعنى ثلثا بازاء البذر وثلث بازاء البقر فالنهي لشائبة
الربا في البذر اذ هو كالقرض ولا يسعو ان الاول حمل هذه النصوص على ارادة
عدم جواز توزيع المزارعة وانما شرعيتها جعل الحصة على عمل الزرع بل مقتضى
ذلك عدم جواز بعض العقود التي قد سمعت انها مجمع عليها كتحقق
المزارعة بدفع بقر او بعضها او البذر او بعضه الا ان الاجماع اخرجنا عن
ذلك واما ما في ايدي الناس الآن من اشتراك المالك والفلاح وصاحب
البذر اثلاثا فتحقيق انها بعقدين لا عقد واحد بمعنى ان المزارعة تكون
بين صاحب الارض والبذر ثم صاحب البذر الذي يزارع الفلاح على النصف
من حصته مثلا او تكون بين صاحب الارض والفلاح ثم هو يزارع صاحب
البذر من حصته مثلا لما ستعرف من ان للزارع ان يزارع والا كانت على محل
اشكال اللهم الا ان يجعل مثل ذلك سيرة كاشفة عن جواز مثل ذلك لكن لا ريب
في ان الاحوط خلافه بل لعل الاحوط عدم الاكتفاء في تحقق المزارعة بدفع
بعض العوامل كما يستعمله اهل القرى من اعطاء الدابة بالسدس او اقل او اكثر
وكيف كان فلو كان العقد على النحو المزبور بين الاثنين بلفظ الاجارة لم يصح
لجهالة العوض الذي هو الثلث والربع ولا يجوز مثله في الاجارة كما ستعرف
بخلاف المزارعة اما لو آجره بمال معلوم مضمون في الذمة او معين موجود
من غيرها او منها جاز ولو كان المضمون من جنس ما يزرع فيها كما عرفت

بالنصف

عدم صحة العقد لو
وقع بلفظ الاجارة

المسئلة الثانية

الكلام في ذلك مفصلا بل قد عرفت ان الاصح عندنا جواز ذلك مزارعة وان كان بلفظ الاجارة بناء على جواز العقد بالمجاز الدال على المراد في العقود اللازمة والله العالم المسئلة الثانية اذا تنازعا اي المزارع ورب الارض في المدة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه سواء كان العامل او المالك لاصالة عدم استحقاقها لمدعيها وكذا لو اختلفا في قدر الحصة فادعى المالك قلتها وادعى العامل زيادتها فالقول قول صاحب البذر وان كان هو مدعي الزيادة لاصالة تبعية النماء بلا خلاف اجده في شيء من الحكمين لما عرفت ولان مدعي الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك فيكون مدعيا بهذا المعنى ايضا لكن في جامع المقاصد لو لا الاجماع لامكن ان يقال انهما اتفقا على عقد يتضمن تعيين مدة وحصة نقل عن الاصل المذكور وكل منهما مدع لشيء ومنكر لما يدعيه الآخر وليس اذا ترك دعوى الزيادة يترك فانه اذا ترك العمل طالبه به فلم يجيء هذا اذا وقع الاختلاف عند انتهاء الاجل وجب التحالف واجاب عنه في المسالك بان العقد المتضمن لهما انما خرج عن حكم الاصل اصل المدة والحصة اما في قدر معين لهما فلا فيبقى انكار الزيادة فيهما بحاله لم يخرج من حكم الاصل بشيء والمراد من يترك اذا ترك في نفس ذلك المدعى وهو هنا المدة الزائدة والحصة الزائدة اما العمل فهو امر خارج عن الدعوى فلا اثر لطالبه به في هذه المنازعة قلت لا ريب في عدم التحالف في مسئلة المدة لو كانت في نفس استحقاق الزائد منها من دون تعرض في الدعوى ضرورة كون انكارها على مقتضى الاصل اما لو كانت الدعوى في سبب استحقاقها بعد اتفاقهما على كونه عقدا مشخصا ووقع النزاع في كيفية تشخيصه فقال المالك مثلا انه مدة قليلة وقال العامل انه مدة كثيرة فلا ريب في ان المتجه التحالف لكون كل منهما مدع منكر ودعوى كل منهما مخالفة للاصل والقلة والكثرة بالنسبة الى تشخيصهما العقد على حد سواء في مخالفة الاصل الآن ظاهر الاصحاب هنا تقديم قول مدعي القلة حتى لو كانت الدعوى على النحو المزبور واما الحصة فالقول فيها قول صاحب البذر وان كانت الدعوى كذلك لاصالة تبعية النماء اللهم الا ان يقال ان التمليك هنا العقد لمزارعة المعتد

تزويجا للعامل والمقتضى المالك في نماء البذر ومنفعة الارض والعمل والعوامل سواء كان البذر من المالك او العامل فلذا ارجح لتبعية النماء هنا فانه بعد التمليك لو لم يكن ثم عقد مزارعة اما معه فالتمليك مستندا اليه لا الى التبعية المزبورة حتى بالنسبة الى صاحبه وح يتجه التحالف لولا ظهور اتفاق الاصحاب على ان القول قول صاحبه نعم لو فرض خروجه عنهما اتجه التحالف لكنه كما ترى ضرورة عدم تمليك عقد المزارعة ما هو ملك الانسان نفسه لا النماء بتبعية جزء من الاصل ثم قد يقال انه اذا فرض كون الدعوى في تشخيص العقد المتفق على وقوعه بينهما فلا ريب في اقتضاء الاصل نفي كل منهما وموافقة مدعي القلة اذا كان البذر له لاصالة التبعية لا يقتضي ترجيحه على وجه يكون به منكرا خصوصا مع امكان معارضته في بعض الصور باصالة عدم استحقاق منفعة الارض مثلا بادعاه من الحصة لو كان البذر للعامل الذي يعرض دعواه القلة بل العامل صاحب الارض هو كصاحب البذر بالنسبة الى ما يكون فيها واما ما ذكره في المسالك والروضة على المحقق الثاني في توجيه كونه مدعيا بانه يترك اذا ترك فهو في محله ضرورة انه يترك مطالبة بالعمل بالنسبة الى ما ادعاه من الزيادة لا غيرها من المدة التي اعترف بثبوتها عليه ولو في ضمن الزيادة التي ادعاها كما هو واضح هذا كله مع قطع النظر عن كلام الاصحاب والا فلا محيص عن موافقتهم عليه بعد ثبوت اجماعهم عليه بل قد يتكلف موافقته للقواعد ايضا بعد التأمل وعلى كل حال فان اقام كل منهما بينة على ما ادعاه بني الحكم على تقديم بينة الداخل والخارج والاقوى الثاني وهو فيما نحن فيه مدعي الزيادة في المدة والحصة ولم يكن له البذر وح متى قامت البينتان على مقدار الحصة قدمت بينة العامل مع فرض خروجه بكون صاحب البذر المالك وقيل يرجع الى القرعة التي هي لكل امر مشكل ولا ريب في ان الاول اشبه باصول المذهب وقواعده التي منها البينة على المدعي واليمين على من انكر وبها ح يندفع الاشكال الذي هو وصف موضوع حكم القرعة لكن الكلام في اطلاق المصنف تقديم قول العامل وكذا ما في المختلف فالمراد لو اختلفا في الحصة فالقول قول صاحب البذر مع يمينه فان اقام كل

المسألة الثالثة

بينة قدمت بينة العامل لانه الخارج ولان القول قول المالك فالبينة بينة
العامل ثم قيل برجحان الى القرعة وليس بعيد بمكن تنزيله على ما اذا كان المالك
صاحب البذر تساويتا ثم بينة العامل هنا وان كان صاحب البذر وهنا
لانه وان كان داخلا بالنسبة الى قبول قوله عند عدم البينة لاصالة التبعية
لكنه خارج عند قيام البينة لكون صاحب الارض هو ذو اليد على ما فيها والا عمل
عدم خروج منفعتها الا بقوله فيكون العامل ح خارجا فتدبر جيدا المسألة
الثالثة لو اختلفا فقال الزارع اعرتنيها وانكر المالك حلف على نفي العارية
وان ادعى مع ذلك الحصة او الاجرة ولا بينة له فانكر فانه مثل بالنسبة الى
نفي العارية وعلى كل حال ح فالقول قوله اي صاحب الارض بالنسبة
الى ذلك ولكن يثبت له اجرة المثل المساوية لما ادعاه والاقل منه لا الزائد
على ما ادعاه من الحصة والاجرة المسماة الا انه يمنع مع يمين الزارع على نفيها
حين يحتاج اليه كما لو فرض زيادتهما على اجرة المثل اما مع فرض قلتها عن
ذلك فلا حاجة اليه ضرورة وجوب ذلك عليه بيمين صاحب الارض على نفي
العارية فانه يثبت له الاقل من اجرة المثل وما ادعاه لانه مع فرض زيادة
اجرة المثل فقد اعترف المالك انه لا يستحق ازيد مما ادعاه من الحصة و
الاجرة وح يتجه يمين الزارع على نفيها مع فرض زيادتهما على ذلك اما مع المساواة
او القلة فلا فائدة فيه لوجوب تاديته ذلك على كل حال نعم لو فرض تعلق
غرض مخصوص لكون الاجرة عينا مشخصة مثلا او لعدم ارادة الاعطاء من خصوص
الزرع اتجه يمينه على نفي دعوى المالك ثم المرجع الى اجرة المثل ومن الغريب ما في
الحدائق من كون المتجه في المسألة ثبوت اجرة المثل وان زادت على دعوى المسمى
محتجا بان التحالف يسقط الدعوى ويبطلها وينزلها منزلة العدم فلا
يؤخذ المالك باعترافه بالاجارة بالاقل اذ هو غلط فاحش ضرورة اقتضاء
اليمين نفي ما يكون على الحالف لا اسقاط مقتضى حكم الاقرار في حق من له
اليمين كما هو واضح والحق منه ما عن الاردبيلي في نظير المسألة من ان القول
قول مدعي العارية لاصالة براءة الذمة ولان اليمين على نفي الاجارة يوجب

سقوط

سقوط الاجرة والحصة وعوضهما الذي هو اجرة المثل لانها اليمين بما فيها وفيه
ان الاصل البراءة مقطوع بقاعدة الضمان المستفادة من قوله من اتلف وعلى
اليد ونحوهما والا لاقتضى عدم ضمان كل متلف لكل مال مشخص بدعوى التبذيل
لا يحتاج الى الدعوى باصالة البراءة والزامه واضح الفساد والفرق بين المنفعة
والعين اوضح فسادا وذ هب اليمين بما فيها انما بالنسبة الى خصوص ما نفته الحصة
والاجرة المسماة لا غيرها كما هو واضح وعلى كل حال فقد ظهر لك ضعف ما قيل
في اصل المسألة من انه يستعمل القرعة التي هي لكل امر مشكل ولا اشكال بعد ما
عرفت فلا ريب في ان القول الاول انسب باصول المذهب وقواعده ولم نعرف
القائل بالقرعة هنا بالخصوص وكيف كان فالزارع تبقية الزرع الى اوان اخذه
بلا خلاف ولا اشكال معتد به لانه ماذون فيه باتفاق منهما فيكون له حق
البقاء بناء على العمل بعموم قوله لا حق لعرق ظالم بل ليس للمالك المطالبة
بالقلع الى اوان اخذه بدعواه الاجارة والمزارعة نعم ليس له ضعه لو اراد الزارع
وصلة لعدم ثبوت حق له فيه بعد فرض يمينه على نفي المزارعة كما انه ليس
للعامل حق الابقاء بناء على جواز الرجوع بالعارية وان كانت للزرع اخذا
له باقراره بدعوى العارية كما هو واضح هذا كله مع كون الدعوى على الفرض
المزبور اما لو قال المالك في جوابه غصبتنيها وحلف على نفي العارية كان له
ازالته ومطالبته باجرة المثل وارش الارض ان عابت وطم الحفر لكونه ح بحكم
الغاصب الذي يترتب عليه ذلك ولم يكن ثم اقرار من المالك يلزم به وليس
من التداعي الاول الذي يتوجه فيه يمين على مدعي العارية فاعون الادلة
من انه يحلف العامل على نفي الغصب في غير محله خصوصا بعد اعترافه بترتب
الاحكام المزبورة التي يكفي فيها عدم تحقق الاذن من المالك الحاصل بيمينه
على نفي العارية التي يدعيها الزارع كما هو واضح المسألة الرابعة للمزارع
بالفتح ان يشارك غيره وان يزارع عليها غيره بحصة او اقل منها والا
بتوقف ذلك على اذن المالك بلا خلاف اجده في شيء من ذلك بل عن

المسألة الرابعة

ظاهر الغنية الاجماع عليه لانتقال المنفعة اليه بعقد المزارعة والناس
مسلطون على اموالهم فلهم تسليم الارض الا باذن المالك على الوجه الذي
تسمعه في كتاب الاجارة وفي موثق سماعة دلالة على ذلك في الجملة قال سألته
عن المزارعة قلت له الرجل يبذر في الارض مائة جريب او اقل او اكثر طعاما او غيره
فياتيه رجل فيقول له خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي بذرته في الارض و
نصف نفقتك علي واشركني فيه قال لا باس وزاد في الفقيه قلت وان
كان الذي يبذر فيه لم يشتره بثمن وانما هو كان عنده فليقومه قيمة عدل
ليأخذ نصف الثمن ونصف النفقة ويشاركه ولعله اشترط بعضهم
فيما حكي عنه في جواز المزارعة والمشاركة كون البذر منه لكون تمليك
الحصة منوطا به قال وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة حيث
لا يصح له ان يساقي غيره كما سيأتي ولان البذر اذا كان من صاحب الارض
فالاصل ان لا يتسلط عليه الا مالكه او من اذن له وهو المزارع واستحسنه في
المسالك في المزارعة قال انما المشاركة فلان المراد بها ان يبيع بعض
في الزرع مثلا بعوض معلوم وهذا لا مانع من تمكينه بها فيتسلط على بيعها
كيف يشاء بخلاف ابتداء المزارعة اذ هو لا حق له الا العمل به يستحق الحصة
مع احتمال الجواز مطلقا لان لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه و
غيره وملكه للمنفعة والتصرف في البذر بالزرع وان لم يكن بنفسه حيث
لا يشترط عليه الاختصاص فيجوز نقله الى الغير كما يجوز الاستنابة و
ح بان البذر ح ليس ملكا له وانما هو ماذون في التصرف فيه بالزرع وبه
يملك الحصة وقد يقال ان هذا كاف في جواز مزارعة الغير لانه عبارة عن
نقل حقه في ذلك اليه وتسليطه على العمل فيجوز له كما يجوز له التوكيل فيه
والاستنابة وغيرهما من الوجوه ثم قال هذا كله اذا لم يشترط المالك
عليه العمل بنفسه والا لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل كله
او بعضه متعلقا بغيره ولا يرد ان ذلك تقتضي
اذا لم يشترط المالك عليه

منع المالك من التصرف في ماله فيكون منافيا للمشروع لان الناس مسلطون على
اموالهم لان ذلك حينئذ لا يعارضه حق غيره والا لم تتم الحيلة ضرورة تخلفها في
كثير كالراهن والمفلس قلت قد يقع بذلك كله او اكثره ما في جامع المقاصد لكن لا يخفى
عليك ما في تفسيرهما المشاركة المذكورة في المتن وغيره خصوصا بعد قولهم وغيره
لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم ولم يجز المشاركة الا باذنه ضرورة انه لا معنى
لمنعها بناء على انها عبارة عن شراء بعض حصة العامل بعد ظهورها وملكه اياها
لعدم منافاة ذلك لاشتراط الزرع بنفسه حتى لو احتاجت بعد الى العمل الذي
يمكن شراء الحصة منه مع المحافظة على البقاء على العمل بنفسه الذي هو في الحقيقة
لحصته وحصة رب الارض فليس هو مستحقا الداعي والغرض كون الشركة في حصته
ومن هنا انكر الاردبيلي فيما حكي عنه على التفسير المزبور وقال ان ظاهر العبارات
اعم من ذلك بل غير ذلك وهو شركة غيره معه بالعمل المشروط عليه ببعض الحصة
المشروطة فكانه يرجع الى المزارعة في البعض وهو جيد ولا ينافيه ح ذكر المزارعة
بعد ما المحمول على ارادة عدم شركته له معه في العمل بل يكون المزارع الثاني هو
المستقل ويكون من الاول نفس منفعة الارض مثلا او يقال المراد الشركة في العمل معه
ببعض الحصة بطريق الصلح ومن التامل فيما ذكرنا يظهر انه لا وجه للمنع من مزارعة
الغير حتى مع الشرط اشتراط الاختصاص في العمل اذ لا يعتبر في تحقق المزارعة
العمل من المزارع كما عرفته سابقا بل يكتفي فيها دفع العوامل او بعض البذر بل يمكن
مزارعة الغير على وجه يكون هو الاجير له في العمل ولعله لذا اقتصر المص على عدم جواز
المشاركة مع اشتراط الزرع بنفسه بخلافه في القواعد حيث قال وللمزارع ان يشارك
غيره وان يزارع عليها غيره وان لم ياذن المالك نعم لو شرط الاختصاص لم يجز المشاركة
ولا المزارعة اللهم الا ان يريد الاختصاص بالحصة ايضا لكن في صحة هذا الشرط
ح بحث لعموم تسلط الناس وما حكي من الاجماع في كتاب البيع على صحة مثل هذا الشرط
وقياس ذلك على الراهن والمفلس في غيره محله وكان الذي اوقع ثاني المحققين و
والشهيدين في التزام ذلك تفسيرهم الشركة هنا بما سمعت وفيه ما عرفت كما
انه لا يخفى عليك ما في الوسوسة في عدم اعتبار كون البذر منه وجواز مزارعة

بيان لزوم شرط المالك لو شرط الزرع بنفسه

ضرورة كون ذلك مقتضى العموم تمام المنع في المساقاة ان كان الاجماع ونحوه لا يقتضي

المنع هنا بل من ظاهر الغنية الاجماع عليه بل لم نعرف القائل به بالخصوص عدا ما في

الحواشي المنسوبة الى الشهيدين نسبة الى عميد الدين ولا ريب في ضعفه لما عرفته

من كفاية مثل المزارعة في تمليك الحصة من غير حاجة الى مالك البذر

كالمزارع الاول والخبر الاول لا دلالة فيه على ذلك بل لعله خارج عما نحن فيه

بكون المزارعة السؤال عن المزارع بهذا الوجه اي تملك الزرع بطريق المذكور

لان عقد المزارعة ولان العامل باعه ملكه بالمزارعة فتامل جيداً المسألة

المسألة الخامسة

الخامسة خراج الارض ومؤنتها كاجرتها ونحوها على صاحبها لاصالة برائة

ذمة العامل الذي لم يوجب عليه عقد المزارعة ذلك ونحوه بل في خبر سعيد الكندي

قلت لابي عبد الله اني آجرت قوماً ارضاً فزاد السلطان عليهم قال اعطهم فضل ما بينهما

قلت انا لم اظلمهم ولم ازد عليهم قال انهم انما زادوا على ارضك وان قال في الرياض

فيه قصور من حيث السند ومخالفة المتن لقاعدة لا تزر وازرة وزر اخرى ولذا

قال الراوي ما سمعت ثم قال ويستفاد من التعليل انسحاب الحكم في كل موضع يشابه مورد

كما يتفق كثيراً في بلادنا من الظلم على سكنة الدور بما يكتب عليها فمقتضى الاصل

والقاعدة برائة ذمة اربابها وصرف الغرامة الى السكنة فان المظلوم من ظلم ولكن

الحال في السند كما ترى ولا اجد له جابراً فيشكل الحكم به هنا ايضاً قلت لعل ما في

الخبر المزبور من الخراج الذي هو على مالك الارض ضرورة عدم تقديره بقدر

فقد يزيد السلطان فيه وقد ينقص لاختلاف الازمنة والرجوع به على المالك انما

هو باعتبار اخذ السلطان العوض عنه فكأنه اشتري من السلطان ذلك هذا

كله ما لم يشترط على الزارع والا لزم لكن في المسالك لو شرط عليه الخراج فزاد السلطان

فيه زيادة فهي على صاحب الارض لان الشرط لم يتناولها لم تكن معلومة فلا

يمكن اشتراطها ولو شرطا ذلك او بعوضه عليهما واخراجه من الاصل الباقي

بينهما كالو شرطا المالك زيادة على العامل لانه بمعناه واشكله بعض الناس بانه

منافٍ لما يفيده ظاهر جملة من النصوص من اغتفار مثل هذه الجهالة صحيح داود

بن سرحان عن ابي عبد الله ع في الرجل تكون له الارض يكون عليها خراج معلوم

ربما زاد وربما نقص فيدفعها الى الرجل يكفيه خراجها ويعطيه مائتي درهم

السنة قال لا بأس وفي صحيح يعقوب بن شعيب عنه ايضاً سألته عن الرجل تكون

له الارض من ارض الخراج فيدفعها الى الرجل على ان يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها

وما كان من فضل فهو بينهما قال لا بأس بل في الحدائق انه ورد في النصوص ما

هو اعظم من ذلك وهو اجارتها او قبالتها بما عليها من الخراج قل او كثر قال ابن ابي

بن ميمون سمعت سألنا ابا عبد الله ع عن قرية لاناس من اهل المدينة ما ادري

اصلها لهم ام لا غير انها في ايديهم وعليها خراج فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا

اليّ ما عطوني ارضهم على ان اكفيهم السلطان قال لا بأس بذلك لك ما كان من فضل

وفي صحيح داود بن سرحان سألت ابا عبد الله ع عن القوم يدفعون ارضهم الى رجل

فيقولون كلها وادِّ خراجها قال لا بأس اذا شاؤا ان يأخذوها اخذوها وخبر ابي

الربيع قال ابو عبد الله ع في رجل بأتي قرية قد اعتدى عليهم السلطان فضعفوا عن القيام

بخراجها والقرية في ايديهم ولا يدري هي لهم ام لغيرهم فيدفعونها اليه على ان يؤدي

خراجها فيأخذها منهم ويؤدي خراجها ويفضل بعد ذلك شيء كثير قال لا بأس

بذلك اذا كان الشرط عليهم بذلك لكن في الرياض بعد ان ذكر صحيح بن سرحان

الاول ونحوه غيره قال في الدلالة ضعف فانه غاية نفي الباس المعتبر اللازم اللزوم الذي

هو المتمم لا عمية منه فقد يجامع جواز الرجوع ويكون المطلوب من نفي الباس مع بيان

الجواز مع حصول التراضي الانتقال الى الصحيح اي صحيح بن سرحان الاخر قد حكم فيه بنفي

الباس عن نحو ذلك مع تفريعه بجواز الرجوع فظهر ان المراد من نفي الباس حيث

يطلق انما هو بيان الجواز المطلق لا اللزوم لكن لا يخفى بان المقصود من التمسك بنفي الباس

انما هو اثبات الجواز دفعاً لما يتوهم من النهي عنه الناشي من الجهالة وحيث

يثبت الجواز حيث يذكر في العقد اللازم عملاً بما دل على لزومه وهذا هو

السر في تمسك الاصحاب في القول بلزوم كثير من الشروط في العقود اللازمة

بالخصوص التي غايتها نفي الباس عنها لا الحكم بلزومها لكن هذا انما يتم

لو دلت النصوص على نفي الباس عنها وان ذكرت في العقد اللازم والا

فالتمسك بها لذلك محل اشكال اذ المناط في نفي الباس حيث يذكر في غير

العقود اللازمة هو حصول المراضاة والغرر والجهالة لعلهما مغتفران معها فيما
عداها لجواز الرجوع بعد ظهور الغرر دونها لعدم جوازه فيها للزوم مهما و
لعله لذا نهى عنها ونصوص المسألة لعلهما من هذا القبيل اذ لم يذكر فيها وقوع
اشتراط ذلك في عقد لازم فكيف يستدل بها على الجواز ولو ذكر فيه الا ان تمسك
باطلاق نفي البأس الشامل للصورتين ووقوع الشرط في ضمن العقد اللازم وغيره الا
ان في الخروج بمثله عن عموم ما دل على النهي عن الغرر والجهالة اشكالا الا قلت لعل الوجه
في اطلاق النص والفتوى صحة هذا الشرط الا انه من اشتراط كون حق الخراج
عليه كاشتراط حق الزكوة على مشتري الثمرة مع عدم العلم بمقدارها فلا يقدح
جهالة ما يؤديه عن ذلك اذ ليس المشروط هو اشتراط قدر بل هو اشتراط
حق ونحوه لا يؤدى عنه شيئا ومرجعه الى صيرورة الزارع كالمالك في تعلق هذا
الحق به الذي لا اشكال في صحة اشتراطه عليه ولو مؤكدا ومثل ذلك ليس من الجهالة
في شئ كما هو واضح ولعله لذا اطلق للتم وغيره صحة الشرط المزبور مع معلومية
كون الخراج قد يزيد وينقص كما سمعت التصريح به في النص واعتبار المعلومية
انما وقع في كلام المتاخرين وانكره عليه بعض من تأخر عنه في الغريب ما سمعته
من فاضل الرياض من التردد في ذلك الى الكل الا ان المراد بالمؤنة على ما استظهر
في المسالك ما يتوقف عليه الزرع ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر
والحائط ونصب الابواب ان احتيج اليها والدولاب وما لا يتكرر كل سنة كما
فصلوه في المساقاة والمراد بالعمل الذي على الزارع ما فيه صلاح الزرع
وبقائه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقي والانهار وتنقية النهر وحفظه و
حصاده ونحو ذلك ثم قال فكلامهم فاسد جدا هذا كله اذا لم يشترط على الزارع فان
شرط عليه لزم اذا كان القدر معلوما وكذا لو شرط بعضه معينا او مشاعا
مع ضبطه قلت لا اشكال في كون المرجع الى ما ذكره مع الاطلاق نعلت
ما هو على المالك او العامل والا اشكل الحال وقد يقال ان المراد بمؤنة الارض
بقرينة ذكرهم لها مع الخراج ما كان مثله من اجرة الارض عوض قبالة
عن ذلك مما هو سبب في الاستيلاء على كون الارض بيده اجارة ومزارعة

ونحوها

بيان المراد من المؤنة التي تشترط على صاحبها

المسألة السادسة

وغيرهما ولعل هذا الاقرب عند التامل والله العالم المسألة السادسة كل موضع
يحكم فيه ببطلان المزارعة يجب لصاحب الارض اجرة المثل ان كان البذر من العامل
الذي يكون منه الحاصل ح لا انه لصاحبها ان كان البذر منه ولكن عليه اجرة
مثل ما يخصه على نسبة ما للآخر فيه من الحصة فاذا كان البذر بينهما مثلا
رجع المالك بنصف اجرة ارضه والعامل بنصف اجرة عمله وعوامله والته وعلى
هذا القياس باقي الاقسام ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له وعليه اجرة مثل
الزرع وبانه لا اشكال والاتقا بلا خلاف في شئ من ذلك اجده كما اعترف به في
الرياض ووجهه ما تقدم غير مرة خصوصا في قاعدة ما يضمن بصحيحه
يضمن بفاسده بل في الرياض هنا ان اطلاق العبارة كغيرها يقتضي عدم
الفرق في ثبوت الاجرة لمن ليس له البذر على الآخر في مقابلة ارضه او عمله بين
ان يكون هناك حاصل ام لا وهو كذلك مع فرض شغل الارض بالبذر والعمل من
العامل اما مع فرض عدم استعمال العامل الارض لاقدام منه على مخالفة
عقد المزارعة الذي بان فساده او لعلمه بالبطلان او غير ذلك فقد
يشكل ضمانه للاجرة ح باصالة برائة الذمة مع فرض عدم منع المالك
عنها خصوصا مع علمه بالبطلان اللهم الا ان يفرض كونها في يده التي هي
يد ضمان صرورة عدم الاذن في ذلك لغرض انحصارها في العقد المفروض
بطلانه فتبقى الارض ح في يده بحكم الغصب لكن مع ذلك لا يخ من نظر و
تامل كما انه لا يخ اطلاقهم الاجرة الشامل لصورتي علمهما وجهلهما وعلم احدهما
خاصة من تامل خصوصا بعد ما تسمعه منهم في المساقاة من التصريح بعدم
الاجرة للعامل مع العلم ببطلانها لكونه ح متبرعا والمسألة من واد واحد
ولولا ذلك لامكن توجه الاطلاق هنا بان لا ملازمة بين العلم بالبطلان
والمجانية بعد فرض كون دفع الارض والعمل بعنوان تلك المزارعة الباطلة
فيتفرع ح على قاعدة احترام مال المسلم وعمله كما صرح به بعضهم في غير
المقام كالبيع الفاسد والاجارة الفاسدة وكذا لا يخ الاطلاق المزبور عن
اشكال بعد تقييدهم له في المساقاة بما اذا لم يكن البطلان من اشتراط

المسئلة السابعة

عدم الصحة والا كان فرعًا فان نظيره هنا ايضم آت وان كان يمكن ان يقال
ان رضاه بعد بها انما كان بعنوان العقد الذي قد فرض فساده فلا اذن
ح ويبقى بحث الفائدة التي ذكرناها فلاحظ وتامل المسئلة السابعة يجوز لصاحب
الارض ان يخرص على الزارع والزارع بالخيار في القبول والرد فان قبل كان
استقراره مشروطا بالسلامة فلو تلف الزرع بآفة سماوية او ارضية
لم يكن عليه شئ كما اوضحنا ذلك في كتاب تكملة مع باقي فروع المسئلة في بيع الثمار فلا
نعيد هنا لكن ينبغي هنا امور لم نذكرها الاول منها ان البذر مع اطلاق المزارعة
من العامل او المالك صرح الفاضل في القواعد بالاول وعن بعض العامة الثاني
وظاهر موضع من التذكرة وجوب التعيين قلت لا كلام مع فرض انصراف
الاطلاق فانه المتبع ح من غير فرق بين البذر وغيره واما مع عدمه فيحتمل
التعيين والا بطل العقد للغرر وان يكون على العامل لقولهم في جواب
السؤال عن المزارعة النفقة منك والارض لصاحبها فيكون كالاصل الشرعي
في ذلك ومنها ان الحب الثابت في الارض في العام الآخر الذي هو غير محل
المزارعة ان كان لاحدهما كان النماء له وعليه اجرة الارض ان كان لغير
مالكها وان كان من مال المزارعة كان بينهما على حسب النسبة وحصة من
الاجرة مقدار نصيبه لكن مع فرض كون الحب من الذي هو معرض عنه
على وجه يجوز للملتقط التقاطه فهل هو كذلك لانه لا يزول عن الملك
بالاعراض بل بجمع الاستيلاء والفرض عدمه الى الآن فيكون زرعًا
والفرض عدم الاعراض عنه في هذا الحال او انه يكون لصاحب الارض
لانه من توابعها ونمائها بل لعل كونه منها نوع استيلاء من المالك عليه
وجهان الا انه جزم في كره بانه بينهما على كل حال خلافا لبعض العامة ومنها
ان ما جاء في النصوص هنا من قبالة الارض بشئ معلوم مسمى معلوم
وعليه خراجها وعمارتها او قبالتها بخراجها او بعمارتها او بغير ذلك مما
تضمنته اخبار المقام هل هو عقد برأسه او انه افاد فائدة المزارعة والاجارة
والصلح في بعض موارده وان المراد من لفظ التقبيل هنا ما ينطبق على تلك الموارد

من العقود المعهودة وللاصحاب وجهان او قولان اقواهما الثاني كما اوضحناه في مسئلة
الخرص في بيع الثمار لعدم افراد الاصحاب او القبالة على وجه يعرف به كونها من
العقود المتعارفة في ذلك الزمان ولم يتعرضوا الالفاظ هذا العقد والشرائطه
والاحكامه ولا لموارده وذلك كله قرينة على انهم فهموا من لفظ التقبيل ما ذكرناه
فالتعبير به ح كالتعبير بالاخذ والتناول ونحوهما مما يعلم عدم ارادة كونه
عقدا برأسه ودعوى عدم صلاحيته جميع العقود لبعض موارده فلا بد
من حملها على انها عقد برأسه قد اوضحنا فسادها في مسئلة الخرص من بيع الثمار فلاحظ
وتامل والله العالم ومنها انه حيث يستحق المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكوة
لمستحقها لو فرض بلوغه حد تعلقها اذا قلعه وجهان بل قولان ظاهر
المحكي عن الجنيد الاول وظاهر الفاضل في المختلف الثاني والله العالم هذا كله في
المزارعة واما المساقاة فهي جائزة بالاجماع من علمائنا واكثر العامة خلافا لابي
حنيفة وزفر فانكراها للجهالة والغرر ولا ريب في ضعفه للنصوص المروية من
الطرفين في قصة خيبر وغيرها بل لعلها من طرقنا متواترة او مقطوع بمضمونها
نعم ليس في شئ منها تصريح بلفظ المساقاة الا انها دالة صريحا او ظاهرا على
مشروعية معاملة على سقي اصول ثابتة بالثاء المثلثة او بالنون كالنخل و
الشجر بحصة من حاصلها ولا نعني بالمساقاة الا ذلك بل اظن بعض
الافاضل في ان تسمية هذه المعاملة بالمساقاة اصطلاح جديد حدث بعد
زمان الشارع بل قال انه بعد زمان الصحابة والتابعين فان المساقاة في
اللغة كما صرح به في القواعد وغيره مفاعلة من السقي كما يقتضيه اشتقاق
الصيغة ولم يذكر احد من اللغويين ورود المساقاة في اللغة بالمعنى الذي ذكره
الفقهاء ولا وجد ما ذكر في استعمالات العرب ولو كان ثابتا لذكره اهل اللغة
كما ذكروا المزارعة وغيرها من الالفاظ المعاملات الثابتة في اللغة ونقلها الى هذا
المعنى في عرف الشرع او الائمة غير ثابت اذ لا ذكر للمساقاة في الكتاب والسنة
ولا في الاحاديث المروية عن اهل البيت ع ولذا لم يعقد احد من اصحاب الحديث
كالكليني والصدوق بابا للمساقاة وانما اوردوا الاحاديث المتعلقة بها

القول في المساقاة

الكلام في تحديد

في باب المزارعة والنقل الى المعنى فرع الاستعمال فيه فلم يثبت الاستعمال لم يثبت النقل وثبوته عند الفقهاء انما يقتضي الحقيقة الشرعية على القول بثبوتها لو ثبت استعمال الشارع اياها في المعنى المعروف فلا اذ لا ريب في ان الفقهاء والمتكلمين والاصوليين اصطلاحات كثيرة ليست بحقائق شرعية فلا يلزم من كون المساقاة حقيقة في هذا المعنى في عرف المتشرعة ان تكون حقيقة فيه عند الشارع وذلك ظاهر وقولهم سميت بذلك لان اكثر حاجة اهل الحجاز الى السقي لانهم يستقون من الابار لا اشعار فيه بتعيين زمان الوضع اصلا لاحتمال تجدد الوضع بعد الشارع لهذه العلة ونسبة القول بها الى الصحابة والتابعين ودعوى الاجماع عليها من السلف لا يقتضي تسميتها بالمساقاة عندهم لجواز ان يكون المراد انهم قالوا بصحة المعاملة المسماة عند الفقهاء بهذا الاسم واجمعوا عليها وان وقع التعبير عنها في زمانهم بلفظ آخر وما ذكره الفقهاء من ان الايجاب لا بد من ان يكون بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها وان اظهر الصيغ في هذا العقد ساقيتك او عقدت معك عقد المساقاة لا محمول على العقود الواقعة في زمانهم اعني زمان النقل وليس المراد جواز العقد بلفظ المساقاة ولو بملاحظة الشارع حتى يجب القول بوضعه فيه حذرا من لزوم استعمال الالفاظ الغير الصريحة في العقود اللازمة وقول الاصحاب المساقاة شرعا معاملة الخ لا يقتضي كون هذا المعنى هو معنى اللفظ في الشرع ولكن بقولهم هذا دليلا على النقل لانا نقول قد ذكر الاشكال فيما ذكره الفقهاء من الفاظ المعاملات من انها لغة كذا وشرعا كذا وان هذا القول بظاهره لا يستقيم في الاكثر وان اكثر المتاخرين حملوا التحديدات الشرعية في المعاملات على تحديدها بحسب عرف المتشرعة دون الشارع فان صح ذلك والا امكن الحمل على ارادة المعنى الثابت شرعا وان كان الواضع فيه غير الشارع وعلى كل فلا ريب في ارادة احد المعنيين هنا وان لم يتعين ذلك في غيره لما عرفت من عدم ورود المساقاة في الكتاب والسنة ولا في احاديث الائمة والحقيقة لا تثبت بدون الاستعمال قطعا واحتمال ثبوت الاستعمال

دعصر

في عصر النبي او الائمة مع عدم النقل الينا خلاف الاصل وان كان هذا كله منه فيه قليل الجدوى بعد فرض عدم وجود لفظ المساقاة عنوانا للحكم في شيء مما وصل الينا من النصوص مضافا الى ما فيه من امكان المناقشة في جملة مما ذكره والى ما في صحيح يعقوب بن شعيب من تعين الايجاب بلفظ الامر لكن قال انما امر من السقي دون المساقاة والمراد منه المعنى اللغوي دون العرفي وفيه ما عرفت من انه لا وجه لانشائية الايجاب بلفظ الامر مرادا منه المعنى اللغوي بل لا بد من ملاحظة المعنى الشرعي فيه كما تقدم نظيره في المضاربة واذا جاز العقد بلفظ الامر في ذلك كان ربما جاز بلفظ ساقيتك بطريق اولى بل هو مقتضى لوضع مبدء الاشتقاق بالمعنى الشرعي اذ لا وجه لارادة معنى من المشتق المشتق دون المشتق منه ومن ذلك وغيره يظهر لك عدم انحصار فائدة البحث عن معنى المساقاة في كلام الاصحاب ومعاقد اجماعاتهم ونحو ذلك دون استنباط احكام المساقاة من الخطابات الشرعية كما ذكره الفاضل المزبور هذا وربما ظهر من كلام بعض ان المزارعة تطلق في الاخبار على ما يشمل المساقاة فيمكن استفادة احكام المساقاة منها وفيه منع كونها حقيقة اذ غايته ثبوت الاستعمال الذي هو اعم خصوصا بعد ان كان المفهوم عرفا من المزارعة المعاملة على الارض بحصة من حاصلها وقد صرح اهل اللغة بان ذلك هو معنى المزارعة وان اريد الاطلاق ولو على سبيل المجاز فهو مسلم لكن ينبغي وجود القرينة الصارفة عن ارادة الخصوصية ودعوى ثبوتها في جميع موارد استعمال المزارعة في الروايات غير مسلم بل مقطوع بفساده نعم قد ذكر بعض الفقهاء ان المخابرة المذكورة في الاخبار من المعاملة على اهل خيبر قال ابن الاعرابي ان اهل المخابرة من خيبر لان رسول الله ص كان اقرها في ايدي اهلها على النصف فقيل خابرهم اي عاملهم في خيبر وهي بهذا المعنى تعم المساقاة قطعا لكن فيه ان تفسير المخابرة بذلك ليس بثابت ايضا فان ابا عبيدة نص على ان المخابرة من الخبير وهو الاكار وفي الصحاح الخبير الاكار ومنه المخابرة وهي المزارعة وعن المصباح الخبير خبرت الارض شققتها للزراعة فانا خبير ومنه المخابرة وهي المزارعة وقيل هي من الخبرة وهو النصيب وقيل من الخبار وهي الارض اللينة وقيل المخابرة المعاملة

تحقيق رشيق دقيق لان يكتب بنور العيون تحقيق

بيان عقد المساقاة

على الارض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل والمزارعة هي هذه والبذر من
المالك والمثم انها بمعنى واحد وح فلا يصح الاستدلال بالمخابرة على المساقاة التي قد
عرفت فساد دعوى دخولها في مفهوم المزارعة وكيف كان فهي معاملة كغيرها من
عقود المعاوضات لكنها على اصول لا كالمزارعة التي هي معاملة على زرع بل ينبغي
ان تكون اصولا ثابتة بالتاء المثلثة لا كالخضروات ولا كالوديّ غير المغروس و
نحو ذلك بل لابد ان تكون ايضا بحصة مشاعة من ثمرها لا كالاجارة التي يعتبر فيها
ان تكون باجرة معلومة معينة او مضمونة نعم يراد من الثمرة هنا مطلق نماء
الشجر فيدخل فيه ما يقصد ورده وورقه بناء على جواز المساقاة عليه وان كان
ستسمع تردد المص فيه هذا ولكن ظاهر المص وغيره ان هذه المعاملة بهذه
القيود لا تكون الا مساقاة فقد ينافي باشكال دعوى جريان اصلح ونحوه فيها
بناء على قبوله لمثل هذا العوض لكن يسهل الخطب ان المراد من امثال هذه التعريفات
التصوير في الجملة كما ذكرناه غير مرة ثم ان ظاهر قول المص وغيره معاملة عدم كونها
بمعنى العقد المزبور بل هي ما يشمل المعاطاة كما عن التذكرة التصريح به ولعله كذلك
ضرورة عدم الفرق بينها وبين البيع والاجارة وغيرهما مما هو كذلك على ما حقق
في محله حتى بالنسبة الى دعوى السيرة القطعية الدالة على مشروعية المعاطاة
لكن في المسالك يتعذر الجامع المقاصد استبعاد جريان المعاطاة في هذا العقد لما فيه
من الغرر وجهالة العوض بخلاف البيع والاجارة فينبغي الاقتصار فيه على موضع
اليقين الا انه كما ترى ضرورة معلومية عدم التزام المسلمين في جميع الاعصار
والامصار بالصيغ في شيء من العقود لا في المساقاة ولا في غيرها الا في النكاح
ولو كان على السلف في المساقاة على التزام الصيغة لكان حاله كالنكاح بالنسبة الى

ذكر فصول مهمة
الاول

ذلك واستبعاد المعاطاة ليس قادحا في جواز المعاطاة بعد قيام الدليل كما في المساقاة
الحقيقية وعلى كل حال فتمام النظر فيه اي في هذا الكتاب يستدعي فصولا الاول في العقد
ولا ريب بل ولا خلاف في صحة صيغة الايجاب لهذا العقد بان يقول ساقيتك او
عاملتك او سلمت اليك وما اشبهه في الصراحة في المعنى المزبور ولو بضميمة القيود
التي ليست قرائن مجاز لعدم تعيين التسمية في المساقاة لتناولها صدقا نعم قد ناقش بعض

الناس

الناس في مساقاة هذه الالفاظ لفظ المساقاة بان المعاملة والعمل والتسليم اعم منها
لا مساوية لها ودفعه بان المراد مساواتها لها بعد ذكر المتعلقات والقيود وليس
هذا من المجاز في شيء اذ المفروض ان الالفاظ مستعملة في معانيها الحقيقية وان
الخصوصية مرادة من القيود لا منها وان كان قد يناقش اولا بان اطلاق متعلقات
هذه الالفاظ شامل للعقد بها على الوجهين وثانيا بانها حال العقد بها
لابد من ارادة معنى خصوص ذلك العقد منها والقيود كلها قرينة على ذلك
والا لم يكن وجه لعقد ذلك العقد فيها مع ارادة المعنى الاعم كما هو واضح بادنى تأمل
ومنه يظهر النظر في دعوى الاجماع على عدم جواز استعمال المجاز وان كان صريحا
في عقد العقد اللازم وعلى كل حال فقد يظهر من قول المص وغيره وما اشبهه اعتبار
الماضوية في الصيغة هنا كما صرح به ثاني المحققين والشهيدين بل قال الاخير منهما
لا وجه لاخراج هذا العقد اللازم من بين نظائره وقد نوقش في الاكتفاء في المزارعة بلفظ
الامر مع الاستناد فيها الى النص وهو منتف هنا وان كان فيه ما لا يخفى اذ قد عرفت
فيما تقدم ان الموجود في النص في المزارعة لفظ المضارع واما لفظ الامر فهو في
المساقاة في صحيح يعقوب بن شعيب وحمله على المقاولة السابقة على المعاملة تكلف
من غير ضرورة ولعله لذا جزم في المذكرة بتحقق عقد المساقاة بلفظ تعهد نخلي
بكذا او اعمل فيه بكذا دون المزارعة لورود النص فيها دونها فان الاخبار الواردة
في المزارعة قد عرفت انما دلت على الوقوع بصيغة المضارع وهو خلاف المقصود
الا انه لما كان قوله ازرع هذه الارض بكذا صريحا فيها ايضا مع معلومية اتحاد
احكام المزارعة والمساقاة امكن القول به فيها ايضا الا انه قطع به في المساقاة لما
عرفت بل قواه الفاضل الطباطبائي في مصابيحه ايضا قال لان قول القائل اسق هذا
النخل ولك نصف الحاصل مثلا صريح في انشاء المساقاة والقصد الى ايقاع معاملة
بنفس هذا اللفظ كقوله ساقيتك او عاملتك بخلاف مثل قوله بعني هذا او صالحني
او اجرني فان المفهوم من ذلك طلب البيع والصلح والاجارة مثلا دون انشائها وقوعها
ومثل ذلك ما لو قال ساقني او عاملني على هذا النخل فانه لا يقع العقد بصيغة الامر
في الجملة وقوعه بكل امر ولا من الجواز في المساقاة الجواز في غيرها اذ المدار على

صراحة الصيغة في انشاء المعاملة المقصودة لا على حصرها في صيغة معينة
لعدم الوضع الشرعي وانتفاء ما يقتضي التعيين فمتى تحققت الصراحة المطلوبة
صح العقد وان كان بغير الماضي وان انتفت كان العقد فاسداً وان كان بصيغة الماضي
الا ترى ان الفقهاء صرحوا في الرهن بجواز مثل هذا بتقديره او رهن مع اشتراطهم
الماضوية في العقود وليس الا لصراحة الصيغة في عقد الرهن وان المطلوب
في العقود صراحة الالفاظ وانما اعتبرت الماضوية فيها لقرب الماضي من الانشاء
وبعده من احتمال الوعد والطلب كما في المستقبل والامر على ما صرح به غير واحد
منهم فاذا فرض مساواتها للماضي صح فيها كما صح هو ايضا وان كان لا يخفى عليك
ما في هذا الكلام اذا احطت بما ذكرناه في غير موضع من هذا الكتاب من انه
ان لم يكن اجماع جاز عقد جميع العقود لازمها وغيره بجميع ما يدل على ذلك من
حقيقة او مجاز بصيغة الماضي او غيرها وتلقي الصراحة الحاصلة من قرائن المجاز
كالقرائن المخصصة للمشترك المعنوي والصراحة في الماضي الحاصلة بالقرينة المحرزة
له عن احتمال الخبر بالقرائن المخرجة لاحتمال الطلب او الوعد في الامر والمضارع
فان جميعها عند ارادة العقد بها تخرج عن ارادة الفعلية والزمانية منها وبذلك
يظهر لك ما في دعوى الصراحة في اسقيتك ازرعتك فانهما الصراحة في المعنى
اللغوي وهو غير معنى العقدية المساوي لحال سافيت عند ارادته كما هو واضح
بادنى تأمل ومن الغريب غفلته عن ذلك واغرب منه ما وقع للمحقق الثاني
هنا من ان صيغ العقود اللازمة حيث كانت محتاجة الى التوقيف من الشرع
قد وضع لها الشرع صيغة الماضي لكونها اصرح صيغ الانشاء وجب الاقتصار
عليها في هذه المعاملة المشتملة على الغرر والجهالة عملاً باليقين اذ هو كما ترى
مجرد دعوى خالية عن الدليل فانه ليس في الادلة الشرعية ما يقتضي الوضع
الذي ادعاه بل فيها ما يقتضي خلافه في كثير من المواضع التي منها ما هنا ومنها ما
سمعته في المزارعة والرهن وغير ذلك وكذا دعوى ثاني الشهيدين من
عدم صراحة الامر في الانشاء وعدم التصريح بالمجاز كلام الجميع في المقام غير تام
كما لا يخفى على من تفضل الله عليه في احكامه بنوع من الالهام بل مما ذكرنا يظهر لك

النظر في مواضع اخر لم نذكرها في مصابيح العلامة الطباطبائي وغيرها والله العالم هذا وفي
القواعد لو قال استاجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم
يصح على اشكال ينشأ من اشتراط العلم بالاجرة اذا قصدت اما اذا تجوز بلفظها
عن غيرها فلا والظاهر ان مراده الاشكال في عدم صحة هذا القول حال عدم
العلم بحال الفائدة من جهة احتمال ارادة المساقاة بلفظ آجرتك وح يكون صحيحاً
لعدم اعتبار العلم بالعوض فيها وظاهره ح جواز عقد المساقاة بالمجاز مع قرينة وهو
مؤيد لما ذكرناه سابقاً نعم لا يخفى فيه انه لا ريب في اصالة حمل اللفظ على حقيقته والصحة لا
تكون قرينة على ارادة غيره وح يكون اجارة فاسدة لا مساقاة صحيحة وبذلك يظهر
ما في كلام الكركي حيث قال انه لا دلالة لعدم اشتراط العلم مع التجوز بلفظ الاجارة
في المساقاة على صحة المساقاة بلفظ الاجارة ثم احتمل في العبارة معنى آخر وهو ان
يكون قوله لو قال استاجرتك مراداً به الاجارة وقوله اذا قصدت شرطاً للحكم في
ذلك بعدم الصحة على اشكال وقوله ينشأ من اشتراط العلم بالاجرة بياناً لاحد
وجهي الاشكال مع ترك الاخر لظهوره ومعنى قوله اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا
الاشكال في عدم الصحة اذا قصد بالاجارة معناها فاذا قصد بها التجوز في غيرها
وهو المساقاة فلا اشكال في عدم الصحة لامتناع المجازات في العقود اللازمة فانه
كما ترى وعلى كل حال فهي لازمة كالاجارة بلا خلاف اجده فيه عندنا بل الاجماع بقسميه عليه بل عن
اكثر العامة على ذلك للاصل وعموم قوله تعالى اوفوا خلافاً للمحكي عن احمد في احد
الروايتين من القول بالجواز قياساً على المضاربة ولما روي ان اليهود سألوا رسول
الله صلى الله عليه وآله ان يقرهم بخيبر ويعمروها ويكون لرسول الله صلى الله عليه وآله شطر ما يخرج منها فقال لهم
نقركم على ذلك ما شئنا ولو كان لازماً لوجب تحديد المدة ولم يجز التقدير بالمشية
والقياس باطل عندنا مع انه ليس باولى من قياسها على الاجارة كما ادعي اليه
المصنف والرواية غير ثابتة ولو صحت فليس فيها ما يدل على التقدير بالمشية في
متن العقد فيحمل على المواطاة قبله كالعمر المذكرة الصريح به او على اشتراط الخيار
في مدتها متى شاء والله العالم وكيف كان فلا اشكال كما لا خلاف نصاً وفتوى في ان
المساقاة تصح قبل ظهور الثمرة بل الاجماع بقسميه عليه كما انها تصح كذلك بعد ظهورها

الكلام في جواز العقود بأي لفظ اتفق

بيان لزومها

النظر

وكالها بحيث لم يحتج بعد الى عمل تزيد به كما او كيفا وان احتاجت الى عمل كالجذاذ والنقل والحفظ من السارق ونحو ذلك لعدم موضوع شرع المساقاة ح هل تصح بعد ظهورها مع بقاء عمل كسقي او حرث وغيرهما مما تزيد الثمرة كما او كيفا فيه تردد من اصالة الفساد بعد الشك في تحقق موضوع شرع المساقاة لعدم اطلاق او عموم بالخصوص فيها يتمسك به في تنقيح موردها بل قد يشك في تناول اوفوا بالعقود ولان تكون تجارة عن تراض لمثله على وجه يقضي بشرعية الفرد المشكوك فيه من العقد المخصوص الذي قد فرض عدم ما يصلح شارعا فيه بالخصوص لجميع افراده من عموم او اطلاق ضرورة احتمال الارادة بيان اللزوم خاصة من الاية الاولى في العقود المتعارفة كاحتمال ارادة بيان شرعية التجارة المعروفة في الخروج عن اكل المال بالباطل لا ان المراد بيان شرعية كل عقد وكل تجارة على وجه يشمل المقام والاجماع انما هو على شرعية المساقاة في الجملة لا كل ما يصدق عليه ذلك وصحيح يعقوب بن شعيب وقصة خيبر ظاهران فيما قبل الخروج ومن ان المفروض اولى بالشرعية من غير الخارج لكونه ابعد عن الغرر بالوثوق بالثمرة فتحصيل لحكم شرعية المساقاة وفائدتها في المفروض ولعله لذا وغيره كان الاظهر عند المص وغيره الجواز شرط ان يبقى للعامل عمل وان قل مما تستزاد به الثمرة وان كان لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه ان الاولى والاحوط مع ارادة المالك الرجوع الى الصلح والاجارة خصوصا فيما لو كان العمل بحيث لو اهمل لاختل حال الثمرة الا انه لا يحصل به زيادة وان قال في جامع المقاصد انا لو تحقق هذا الفرض يمنع القول بالصحة لانه لم يتحقق تناهي بلوغ الثمرة فتحقق الزيادة لامكان البلوغ ونهاية الادراك زيادة فيها لكن في ذلك بعد ان فرضه في مثل حفظها من فساد الوحوش ونحوه وقال مقتضى القاعدة عدم الجواز وهو كذلك بعد الاحاطة بما عرفت مما يتحقق معه معنى المساقاة بعد ظهور الثمرة وان حصل بعمله نفسه نقل لها في الكم او الكيف فضلا عن مثل هذا الفرض والله العالم وعلى كل حال فلا تبطل المساقاة بموت المساقي ولا بموت العامل على الاشبه باصول المذهب وقواعده التي منها استصحاب صحة العقد ولزومه كغيره من العقود اللازمة التي قد عرفت ذلك في المزارعة منها

كما انك قد عرفت الحكم هناك فيما لو كان اشترط عليه العمل بنفسه مع ظهور الثمرة وبعده فلاحظ فان المسئلتين من واد واحد مع انه سيأتي لبعض ذلك ايضا في مسئلة ما لو هرب العامل خلافا للمحكي عن الشيخ من البطلان بالموت كالاجارة وفيه بعد تسليم ذلك في المقيس عليه انه قياس غير جائز عندنا

الفصل الثاني

الثاني ما يساقى عليه وهو كل اصل ثابت له ثمر ينتفع بها مع بقائه لا نحو البطيخ والباذنجان وقصب السكر والقطن ونحوها مما هو ملحق بالزرع فان هذه وما شابهها ليست كذلك وان تعددت اللقطات وان بقي القطن ازيد من سنة لكن اصولها هذه لا تشك انها ما لم تكن اضحى لها عادة ولا دليل على جواز عقد المساقاة عليها اذ ليس هو الا ما وقع من النبي صلى الله عليه وآله في خيبر وصحيح يعقوب بن شعيب ولا عموم فيهما سيما بالنسبة الى ذلك واوفوا بالعقود والا ان تكون تجارة عن تراض لا يثبت بهما شرعية الافراد المشكوكة من المعاملة المعهودة التي لها افراد متعارفة وانما المراد من الاول بيان اللزوم ومن الثاني عدم اكل المال بالباطل اذا كان بالتجارة المتعارفة لا ان المراد شرعية كل عقد وكل تجارة يقع الاتفاق عليها من المتعاقدين كما هو واضح بادنى تأمل كما عن الشيخ من جواز المساقاة على ما يجز مرة بعد اخرى واضح الضعف وعلى كل حال فقد بان لك انه تصح المساقاة على النخل والكرم وباقي شجر الفواكه كله بل ذلك هو الثابت مما وصل الينا من نصوص مشروعيتها التي ليست في شيء منها اطلاق يقتضي شرعية كل فرد منها فقياسها على المزارعة اما استنباط حكمها منه لا يخفى عليك خصوصا بعد الاحاطة بما ذكرنا نعم فيما لا ثمرة لبعض الاشجار اذا كان له ورق ينتفع به كالتوت بالتاء المثناة والحناء تردد من كونها من الاشجار وغلبة الظن بوجوده في خيبر بل في جامع المقاصد كاد يكون معلوما ومساواة الورق لغيره في كونه ثمرة وفي بعض الاخبار ان النبي صلى الله عليه وآله عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر وما من ادوات العموم ومما عرفت من ان هذه المعاملة على خلاف الاصل وفيها من الغرر ما ليس في غيرها فالمتجه الاقتصار فيها على المتيقن خصوصا

معلوم
اهل

بعد ما عرفت من عدم الاطلاق ولو قيل بالتفصيل بين المساقاة على هذه
تبعاً لغيرها من استحباب الفواكه فيجوز ومستقلة فلا يجوز لكان وجهاً كالتفصيل
في النوت بين كونه في بلاد يكون بعد شجرة ثمرة وغيرها فيجوز في الاول دون الثاني
كما في بلادنا الآن والمراد منه الذكر لا الانثى الذي لا ثمر له معلوم والله العالم وكيف
كان فقد ظهر لك مما ذكرناه انه لو ساقى على الوادي بعد المغروس من فسيل
النخل او الصغار او على شجر غير ثابت لم يصح بلا خلاف اجده فيه بيننا

بيان ما يصح ولا يصح من بعض فروض المساقاة

اقتصاراً في المعاملة المخالفة للاصول على موضع الوفاق وعلى المتابعة
من النصوص التي قد عرفت اما لو ساقاه على ودي مغروس الى مدة يحمل
مثله فيها غالباً صح وان لم يحمل فيها قبل الان مبنى المساقاة على نحو ظهور
الثمرة وقصده بحسب العادة فاذا حصل المقتضي صح وانقطاع كالمساقاة
على الشجر الكبير واتفق عدم ثمره بل لا اجرة له على عمله لانه اقدم على ذلك بل في
المسالك انه يجب عليه اتمام العمل في باقي المدة وان علم بالانقطاع قبلها ومثله
ما لو تلف الثمار كلها او اكلها الجراد او غصبها غاصب فانه في جميع ذلك يجب
على العامل اكمال العمل بلا اجرة له وان تضرر كما يجب على عامل القراض انضاض
المال وان ظهر الخسران بل هنا الاقوى للزوم العقد ووجوب العمل واحتمل في
التذكرة انفساخ العقد لو تلف الثمار باسرها واستشكل الحكم في القراض فارقاً
بينهما فان المباشر للبيع والشراء في القراض العامل فكان عليه انضاض المال
خلاف عامل المساقاة ويندفع بان المساقاة عقد لازم فلا يؤثر فيه تلف
العوض بخلاف القراض فاذا وجب على عامل القراض مع جوازه وكونه
نظيره للمال باذن المالك فهنا اولى ويمكن ان يقال ان تلف الثمرة هنا يكون
كتلف العوض المعين قبل القبض المقتضي للبطلان في البيع ونحوه وفيه
نظر قلت لا ريب في ان الموافق للضوابط الشرعية الانفساخ بعد
خروج الثمرة لاعتبار العوض في هذه المعاملة وقد انكشف عدمه وحينئذ
الانعدام ظاهراً اعتماداً على المعتاد لا يقتضي الصحة فضلاً عن اللزوم
بعد الانكشاف وليس العوض فيها الثمرة من حيث كونها مظنونة بل

العوض

العوض فيهما الحصة من الثمرة واقعاً وعدم بطلان البيع في بعض الصور الخاصة
بعدم خروج الثمرة مع القول به بدليل خاص كالتعليل في بعض النصوص بانه
ان لم يخرج في هذه السنة يخرج في السنة الاخرى وغيره بل قد يقال بالبطلان بالتلف
السماوي لها بعد الظهور قبل الادراك بناء على ان العوض الثمرة مدركة والحاصل
لا يكاد يخفى ذلك في عقود المعاوضة التي من المعلوم عدم كون القراض منها وان
كان هو شبه المعاوضة في المعنى مع حصول الربح لا انه عقد معاوضة حقيقة ولو
فيه معنى المعاوضة المقابلة ولعله لذا احتمل في كرة ما سمعت بل في جامع المقاصد
في فرع ذكره في اثناء مسألة ما لو ظهر استحقاق الاصول الجزم بعدم وجوب
الاتمام العمل عليه تمام المدة مع عدم خروج الثمرة انما الكلام في انه انفساخ من
حينه وانكشاف بطلانه لعل اولهما هو الظاهر من الحكم بالصحة في المتن وغيره من
كتب الاصحاب مع احتمال ارادة الحكم بها ظاهراً وعلى كل حال فالظاهر عدم استحقاقه
الاجرة لاقدامه على ذلك نحو اقدام عامل القراض مع احتمال الاجرة على الثاني
هذا كله فيما يحمل مثله عادة واما ان قصرت المدة المشترطة من ذلك غالباً عادة
او محتملاً او لم يصح لاصالة الفساد بعد ما عرفت من عدم اطلاق عموم يقتضي
الصحة في نحو الفرض حتى لو اتفق حصول الثمرة فيها في تلك المدة على خلاف العادة
مع فقد الوثوق بالحصول نعم لا اشكال في الصحة فيما لو ساقاه مثلاً عشر سنين
وكانت الثمرة لا تتوقع في العادة الا في العاشرة لصيرورة الثمرة ح فيها
مقابلة للعمل في جميع المدة ولا يقدح خلو غيرها من السنين فان المعتبر حصول
الثمرة في مجموع المدة لا في جميعها كما هو مقتضى السيرة وغيرها والله العالم

الفصل الثالث

الفصل الثالث المدة ولا خلاف معتد به اجده فيه بل في المسالك الاتفاق على تقديرها
في الجملة كما قررناه واما تركها رأساً فيبطل العقد قولاً واحداً والذي قرره
سابقاً هو انه يعتبر فيها شرطان احدهما ان تكون مقدرة بزمان لا يحتمل
الزيادة والنقصان لعدم الخارج وادراك الغلة وان كانت هي العادة الغالبة
عليها فتوى فانها خالف الاصل واحتمال الغرر والجهالة على موضع اليقين ثم
حكى عن ابن الجنيد الاكتفاء بتقديرها بالثمرة المساقى عليها نظراً الى انه

بالنسبة الى ثبوته عادة كالمعلوم ولان المقصود منها موكول الى كمالها ولان العقد
مبني على الغرر والجهالة فلا يقدحان فيه ولا جود الاوله وان كان كلامه لا يخ
من وجه ثم ذكر ما سمعت و زاد الاستدلال على ذلك بان عقد المساقاة لازم كما تقدم
ولا معنى لوجوب الوفاء به دائما ولا الى مدة غير معلومة ولا الى سنة واحدة
لاستحالة الترجيح بلا مرجح نعم من قال من العامة بانها عقد جائز لا يعتبر عنده
تعيين المدة لانتفاء المحذور الذي ذكرنا قلت معنا ما الى ما في قصة خيبر من
ظهور ذكر المدة باعتبار كون المحكي منها ان الواقع قد كان مزارعة ومساقاة
بعقد واحد على كيفية واحدة وقد عرفت هناك النصوص الدالة على
اعتبار المدة في المزارعة فيكون الواقع منه مذكورا فيه المدة والاصل
عدم مشروعية غيره مع ما فيه وفي غيره من ايماء كونها على كيفية واحدة بالنسبة
الى ذلك وغيره الا ان تلك عصبة من الزرع وهذه من الشجر والنخل بل وظهوره
كونها بمعنى الاجارة المعلوم فيها اعتبار ذلك والانصاف ان العمدة الاجماع
الذي سمعته والا فلزومها لا ينافي عدم ذكر المدة فيها فيكون المساقي له
استحقاق في الثمرة ابدا فيجب عليه الاعمال المشروطة او المتعارفة خصوصا
صحيح يعقوب بن شعيب الذي هو دليل مشروعية المساقاة مع قصة خيبر خال
عن ذكر المدة قال فيه سألته اي الصادق عن الرجل يعطي الرجل ارضه فيها
الرمان والنخل والفاكهة فيقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج
قال لا بأس بل لعل ذلك هو الظاهر من الاسكافي لا ما حكاه هو وغيره عنه
فان الذي عثرنا عليه من كلامه في المختلف انه قال ولا بأس بمساقاة النخل
وما شاكله سنة او اكثر من ذلك اذا حصرت المدة او لم تحصر فان مراده
نفي البأس عن السنة والاكثر مع حصر المدة وعدمه عن عدم المساقاة مع عدم حصر
المدة اصلا ولا تعرض فيه لبلوغ ثمرة وغيرها فيمكن قوله بلزومها دائما
دائما وابدا مع عدم حصر المدة الا ان يكون هناك تعارف ينزله على سنة
العقد خاصة نعم لا اشكال بل ولا خلاف معتد به باعتبار تقديرها مع
التعرض لها بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كما في كل مقدر جنس بما فيه من غير

فرق بين ما كانت معتبرة في صحته كالاجارة وبين غيره كمهر النكاح وعوض
البيع ونحوهما فتامل جيدا بعلى كل حال الشرط الثاني ان تكون المدة المذكورة
في المساقاة مما تحصل فيه الثمرة غالبا ولذا قلت كما اذا ساقاه في آخر العمل بحيث بقي
يسير فيه مستزاد للثمرة يكفي فيه الشهر مثلا وعلى هذا المدار في جانب
القلة وقد تقدم في المزارعة البحث فيها دون ذلك مع امكان الفرق بين
المقام وبينها وبين الاجارة للزرع بالقول ان الثابت من شرعيتها ذلك دون
غيره مع اطلاق او عموم يقتضيه بخلافه فيها اما الكثرة فلا حد لها عندنا
خلافا للشافعي حيث شرط ان لا تزيد على ثلثين ثلثين سنة وهو تحكم وقد تقدم
الكلام ايضا في المزارعة فيما لو فرض اتفاق قصور المدة عن الادراك على غير
الاسباب العادية فلاحظ وتامل بل منه يعلم الحال ايضا فيما لو اتفق
عدم خروج الثمرة اصلا في المدة الذي قد صرح بعضهم فيه هنا بانه
لا شيء له لا اجرة مثل ولا غيرها حتى لو خرجت الثمرة بعد المدة على عين المساقي
والله العالم الفصل الرابع العمل الذي لا ينبغي فيه ان يكون سببا وان كان
قد يتوهم من لفظ المساقاة المراد منها الاعم من ذلك ومن غيره فيجوز عقدها على
ما لا حاجة الى السقي كما قد صرح به غير واحد نعم قد ذكر غير واحد من العامة
والخاصة ان اطلاق المساقاة يقتضي قيام العامل بكل ما يتكرر كل سنة مما فيه
زيادة النماء في الكم او الكيفية من الرفق بحرث وحفر ما المحتاج اليه وما يتوقف
عليه من الآلات والعوامل من الثورة وخشبة الحرث والسكة والمساحي ونحو
ذلك بل في جامع المقاصد لا نعلم في وجوب ذلك خلافا هنا وفي المزارعة و
اصلاح الاجاجين اي الحفر التي يقف الماء فيها في اصول الشجر وازالة الحشيش
المضر بالاصول وتنقية الجريد بقطع ما يحتاج الى القطع منها وكذا الاذناب
الكرم وتهذيب الشجر من غير فرق في ذلك بين الجزء اليابس وغيره وسقي
ومقدماته المتكررة في كل سنة كالدلو والرشاء واصلاح طريق الماء وتنقيتها
من الحمأة ونحوها واستقاء الماء وفتح رأس الساقية وسدها عند الفراغ
على ما تقتضيه الحاجة والتلقيح والعمل بالناضح وتعديل الثمرة بازالة ما يضر

الفصل الرابع

نحو من الاغصان والورق ليصل الهواء وما يحتاج اليه من الشمس وليتيسر قطعها
عند الادراك ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد عن الشمس المضرة بها و
رفعها عن الارض كذلك واللقاط للثمرة بحسب نوعها ووقتها فما يؤخذ للزبيب
يقطعه عند حلاوته في الصالح وما يعمل دبسا فكذلك وما يؤخذ يابسا عند
يبسه واصلاح موضع التشميس المحتاج اليه ونقل الثمرة اليه وتقليبها فيه و
حفظها على اصولها وفي بيدرها وطريق ايصالها الى المالك ان لم يكن هو
المتولي الى غير ذلك مما ذكروه بالنسبة الى العامل واما صاحب الاصل فقد
ذكروا ايضا ان اصلا فيما ايض يقتضي قيامه ببناء الجدران وعمل ما يستقي
به من دولاب ودالية وانشاء النهر والبئر ونحو ذلك مما لا يتكرر في كل سنة
فانها الصق بصفته ايض وان عرض له التكرر في بعض الاحوال نعم في عد
البقر التي تدير الدولاب تردد ولعله من انها مال لا عمل والتكرر في كل سنة
ومن انها تراد للعمل فاشبه بقر الحرث ولان الادارة واجبة على العامل فيجب
مقدمته عن الشيخ والفاضل في المختلف الاول وعن ابن ادريس الثاني وتوقف
فيه في جامع المقاصد وكذا الكلام في الكش للتلقيح ونحوه فانه قيل كما عن ابن
ادريس يلزم ذلك العامل وهو حسن عند المص لانه به يتم التلقيح وقيل
على المالك كما عن الاكثر لانه ليس من العمل وانما هو من الاعيان التي تصرف الى
مصلحة الثمرة وكذا التردد في بناء ثلم الجدران ووضع الشوك عليه
وانه على المالك او على العامل الى غير ذلك من كلماتهم التي قد يشكل الفرق
بينها بين عوامل الاستقاء بل بينها وبين الكش ايض فان الجميع مال من
العامل بل قد يشكل الحكم بوجوب ما لا مدخلية له في زيادة الثمرة ولا
في اصلاحها كالحفظ والنقل ونحوهما واما ما ذكروه من الضابطين فلا
اثر له في شيء من الادلة فالمتجه الرجوع في ذلك الى المتعارف في
اطلاق العقد المساقاة مما يجب على العامل او المالك واما غيره فينبغي الشرط
والا كان عليهما اذا ارادا لان المال مشترك بينهما او ان الاصل فيه وجوبه
على العامل لنحو ما سمعته في المزارعة من صحيح يعقوب بن شعيب عن ابي

ذكر بعض ما يلزم العامل على بعض الاقوال

عبد الله الذي فيه سئل عن المزارعة فقال النفقة منك والارض لصاحبها
فما اخرج الله من شيء قسم على الشطر وكذلك اعطى رسول الله خيبر حين اتوه
فاعطاهم اياها على ان يعمروها ولهم النصف مما اخرجت فان ظاهره ظاهر
تشبيهه مع يقتضي كون وضع المساقاة على الوجه المزبور فليس على المالك
الا دفع الاصول كما انه ليس على المزارع الا دفع الارض اللهم الا ان يكون هناك
تعارف او شرط على كل حال فلو شرط المالك شيئا مما عليه مع الاطلاق او
جميعه على العامل صح بعد ان يكون معلوما على وجه يرتفع معه الغرر
المنافي للعقد لعموم المؤمنون عند شروطهم واما لو شرط العامل على رب
الاصول جميع عمل العامل بطلت المساقاة لعدم ما يدل على صحتها على هذا
الوجه بل الظاهر من الثابت منها اعتبار ماله مدخلية في زيادة الثمرة او
صلاحها من العمل في استحقاق الحصة ومن هنا لو بقي للعامل عليه شيئا من
عمله الذي له المدخلية المزبورة في مقابلة الحصة من الفائدة وشرط الباقي
على رب الاصول جاز للعموم المذكور ولو ابقي العامل ما لا يحصل به مستزاد الثمرة
كالحفظ لم يصح لمنافاته وضع المساقاة الثابت من الشرع كالمساقاة وبقي
من العمل الذي لو اراد ذلك لجعلاه معقد الاجارة مثلا لا جاز فيحصل مما
ذكرناه انه مع الشرط يعمل عليه الا اذا كان منافيا لمقتضى العقد لكن هذا
كله في اشتراط المخالف لمقتضى الاطلاق اما اذا شرط ما اقتضاه كان تأكيدا
ولو شرط بعضه كان تأكيدا له بل وتما كان له ثمرة من حيث الاشتراط و
وجب الاتيان بالباقي الذي يقتضيه الاطلاق اللهم الا ان يفهم من نفس
الاشتراط او من قرينة اخرى ارادة عدم الالتزام بغير المشروط وهذا وفي
جامع المقاصد انه متى اخل العامل بالعمل المشروط عليه تخير المالك بين
فسخ العقد والزامه باجرة مثل العمل نص عليه في التذكرة فان فسخ قبل عمل
شيء فلا شيء له وان كان بعده قبل الظهور فالاجرة له وان كان بعد
ظهور الثمرة فكذلك قضية للاشتراط او لو اخل بالاعمال الواجبة مع الاطلاق
او ببعضها فعلى ما سبق في الاجارة يتجه ان للمالك الفسخ في الجميع وهل

يضمن له اجرة مثل العمل بجنبا ذلك ويحتمل العدم وفى البعض ان ابى بشى وله الالزام
بالاجرة دام الظن بتصريح بذلك بعقد ونحوه فى المسالك مع زيادة انه لو حصل
على الارض نقص بسبب التقصير لزمه الارش والظاهر ان الثمرة كذلك قلت لا يخفى
عليك العامل باجرة مثل العمل المشروط مع فرض فوات محله وكذا فى صورة الاطلاق
وفى صورة اشتراط العامل على المالك وصورة الاطلاق بالنسبة اليه فان جميع ذلك
مبنى على تمليك الشرط العمل المشروط له على وجه يكون من امواله وهو ممنوع
فان اقتضاه التزام من عليه الشرط بالعمل واجباره عليه والتسلط على الخيار بعدم
الوفاء به لا كونه مالا له محضا صالحا مع اشتراكهما وفائدة الشرط ما هذا ولا
يخفى عليك ايضا محل النظر فى غير ذلك من الكلام المزبور حتى ما فى المسالك من ضمان
النقص الحاصل فى الثمرة وفى الارض لعدم فعل الشرط وما اقتضاه الاطلاق
مع دفع اجرة المثل القائمة مقام العمل فالمتجه عدم اختصاص المالك بها
ضرورة كونها عوض العمل الذي يعود نفعه اليهما فلا بد من ملاحظة ما يخصه
منه اما بمراعاة نسبة حصة العامل الى حصته او بغير ذلك كما ان الارش
ارش نقصان الثمرة لا يختص به لكونها مشتركة بينهما بل يقتصر على ارش
حصته نحو ما سمعته فى المزارعة فتبين ح الاستغناء بذلك عن اجرة مثل
العمل جيدا فان المسألة محتاجة الى التنقيح خلافا للمحكى عن ط من عدم الجواز
معللا له بانه خلاف وضع المساقاة و هم مع انه منقوض بما اعترف فيه بجوازه
مما سيأتى فى اشتراط عمل غلام المالك معه الذى هو بمنزلة عمله وكيف كان
فقد بان لك مما ذكرناه انه لو شرط العامل ان يعمل غلام المالك معه لانه
اولى من عمل المالك معه ولانه فى الحقيقة ضم مال الى مال نحو اشتراط العامل
القراض على المالك دفع واحدة مثلا لحمل امال القراض نعم لو شرط عليه تمام <بيان اشتراط عمل الغلام لخاص العامل وكيفيته>
غلامه جميع العمل كانت المساقاة باطلة اما لو شرط ان يعمل الغلام
لخاص العامل بمعنى عمله فى الملك المختص بالعامل لم يجز عند الشافعى اصبر وقد
عمل الغلام ح مقابلا للعمل فتصير الفائدة له بلا عمل ولكن فيه تردد
ومن ذلك يظهر عدم منافاة ذلك للمساقاة اذ هو شرط خارج عما هو

مما كان الجواز اشبه باصول المذهب وقواعده وعن فخر المحققين ان
المراد بما فى العبارة اشتراط كون عمل الغلام للعامل يختص به ورده
فى جامع المقاصد بانه ح لم يحتج الى قوله لخاص العامل بل كان يكفى عنه
قوله للعامل على انه لا محصل له فان عمل غلام المالك فى بستان المالك
كيف يشترط كونه للعامل وكيف يشترط مال شخص لآخر واى فائدة
لهذا الشرط قلت قد يريد الفخر ان عمل الغلام للعامل بمعنى كونه قائما
مقامه فى العمل عنه على وجه لو لم يعمل العامل بعمل الغلام وحده كان
جائزا وح يكون وجه البطلان واضحا ولعل قول المص ان الجواز ح اشبه
لان الفرض كون عمل الغلام معه فلا يقدح كون عمل الغلام له على معنى
انه لو كان له حصة كان للعامل لا للمالك اذ هو لا يزيد على عمل المالك
معه فتجيبا والله العالم وكذا فى كون الجواز اشبه باصول المذهب وقواعده
لو شرط العامل على المالك مثلا اجرة الاجراء الذين يعينونه على العمل مع
فرض كونها معينة او شرط خروج اجرتهم منها معا اذا كان مع ذلك
للعامل عمل مقابل الحصة من الفائدة خلافا للمحكى عن الشيخ من البطلان
لنا فانه موضوع المساقاة الذى هو ليس هو الا دفع الاصول من المالك
وفيه منع واضح ضرورة عدم ما يدل على اعتبار ذلك حتى بالشرط ونحوه
واما تفسير العبارة وما شابهها بان المراد اشتراط العامل على المالك الاجرة
على جميع العمل على وجه لا يبقى للعامل الا الاستعمال فى الثمرة ففيه ان المتجه
فى مثله الفساد لا الجواز ضرورة عدم ما يدل على الصحة بعد ان كان ذلك
خارجا عن عمل المساقاة المعتاد ودعوى كونه عملا تدعو الحاجة اليه فان
المالك قد لا يهتدى الى الدهقنة واستعمال الاجراء ولا يجد من يباشر
الاعمال او لا يأتمنه فيحتاج الى المساقاة من يعرف ذلك لينوب عنه فى الاستعمال
كما ترى نعم لا بأس باشتراط العامل ذلك على ان تكون الاجرة منه
بمعنى اشتراط عدم مباشرة العامل فان ذلك لا يمنع صحة المساقاة حينئذ
مع اشتراط عمل المالك باجرة منه عنه فضلا عن غيره ضرورة عدم

الفصل الخامس

اشتراط المباشرة في المساقاة والله العالم الفصل الخامس في الفائدة اي الثمرة
ولا خلاف في انه لا بد ان يكون للعامل جزء منها مشاعًا بينه وبين المالك
مساويًا او متفاضلًا على نحو ما سمعته في المزارعة فان ذلك هو الثابت من
مشروعيتها دون غيره فلو اضرب عن ذكر الحصة بطلت المساقاة قطعًا
وكذا لو شرط احدهما الانفراد بالثمرة مطلقًا او نسبة لم تصح المساقاة التي
هي خلاف الاصل المقتصر فيما بنا فيه على المتيقن وليس ذلك منه بلا خلاف
ولا اشكال بل قضية ما سمعته سابقًا في المزارعة من جماعة انه كذلك
تبطل المساقاة لو شرط لنفسه شيئًا معينًا وما زاد بينهما بل وكذا لو
قدر لنفسه ارطالًا معلومة وللعامل ما فضل او عكس بل وكذا لو جعل
حصة غلات بعينها له وللآخر ما عداها الى غير ذلك مما ينافي الاشاعة
في مجموع الفائدة الحاصلة من الاصول التي وقع عقد المساقاة عليها التي
صرح في المسالك باعتباره هنا لئلا لا يمكن خلو احدهما عنها مع عدم حصول
غير المعين لكن قد عرفنا البحث فيه سابقًا على وجه لا يخفى عليك جريانه
في المقام بناء على اتحاد المزارعة والمساقاة بالنسبة الى ذلك نعم لو فرق
بينهما بان في النصوص السابقة هناك ما ينافي اعتباره بالمعنى المذكور
بخلافه هنا فانه ليس في ادلة مشروعيتها الا الاشاعة في الجميع عدا قوله
او نحوا الا ان تكون عبارة عن تراضي وقد عرفت سابقًا الاشكال في اثبات
شرعية النوع المشكوك فيه من المعاملة المتعارفة المعلوم شرعية غيره من
افرادها اللهم الا ان يؤخذ على طريق الشرطية كي يستدل على مشروعيته
بادلة الشرائط على وجه الجزئية في عقد المساقاة كما اومأنا اليه في المزارعة
فلاحظ وتامل وكيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انه يجوز ان يفرد كل نوع
بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر كالنصف من ثمرة النخل والربع من
الكرم مثلًا لعدم منافاة ذلك للاشاعة في مجموع الفائدة لكن اذا كان
العامل عالمًا بمقدار كل نوع من النوعين حذرًا من الغرر والجهالة فان شرط
فيها اقل الامرين ندر يكون الكثير الجنسين لكن لا يخفى عليك ضعف الجهالة ابهم

بيان عدم صحة بعض العقود

مع عدم افراد كل نوع بحصة بل كانت في الجميع متحدة فاعساه يظهر من العبارة
من اختصاص اشتراط ذلك في صورة الافراد خاصة لا يخلو من نظر اللهم
الا ان يدعى باستفادة اغتفار الجهالة في الثاني دون الاول من الادلة الا
انه كما ترى او يقال ان الجهل الناشئ من الافراد غير الجهل باصل الحديقة
فقد يعلم بها من حيث المساقاة عليها بالنصف من حاصلها اجمع وان لم يعلم
مقدار كل نوع منها بخلاف ما لو افرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من الاخر
فتامل فانه لا يخلو من دقة والله العالم ولو شرط مع الحصة من النماء ملك حصة
من الاصل الثابت لم يصح لان الثابت من مقتضى المساقاة جعل الحصة من الباكرة
خاصة دون غيرها الباقي على اصالة عدم المشروعية مضافًا الى ان الحصة
من الاصول تدخل في ملكه فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصة واقعًا
في ملك المالك ولا واجبًا بالعقد اذ لا يعقل ان يشترط عليه العمل في ملك نفسه
هو المحكي عن الاكثر كالحواشي والحلي وغيرهما بل في الرياض لم اقف على مخالف صريحًا
ولا ظاهرًا قلت ولكن الانصاف مع ذلك فيه تردد مما عرفت ومن عموم اوفوا
والمؤمنون عند شروطهم ونحو ذلك الذي جزموا بالصحة اشتراط الذهب
والفضة وغيرهما مما ستعرفه واحتمال الفرق بينهما بانه في الفرض قد جعل حصة
من النماء في مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه ومع فرض صيرورة جزء من المال له
له بالشرط العمل بجميع المال المملوك للمالك فلم يستحق مجموع الحصة المشروطة الا
بالشرط وهو العمل بالجميع فيبطل العقد يدفعه ان الاشتراط المزبور كالاستثناء
من العمل بجميع المال بل هو بيان لاستحقاق الحصة بالعمل فيما يخص المالك ولكن
يتبعه النماء للمالك والتحقيق البطلان مع اخذ الحصة من الاصول عوضًا على
سبيل الحصة من الفائدة لعدم ثبوت شرعية المساقاة على هذا الوجه ولا
صلاحيتها للتمليك عوض غير الحصة من الفائدة من غير فرق بين الحصة من
الاصول والذهب والفضة وغيرهما اما لو اخذ على جهة الشرطية التي هي
سبب ايضًا في التمليك فالظاهر الصحة لعموم الادلة الذي لا فرق فيه بين ذلك
وبين اشتراط الذهب والفضة ولعله بذلك يلتئم الكلام اجمع والله العالم

ولو ساقاه بالنصف مثلاً ان سقى بالناضح وبالثلث ان سقى بالسائح بطلت المساقاة

لان الحصة لم تتعين مع التردد والتعليق ولكن فيه تردد ومن ذلك ومن انها

معينة على كل من التقديرين فهي كالاجارة على خياطة الثوب بدرهم ان كان

رومياً وبدرهمين ان كان فارسياً بل المساقاة في الحقيقة قسم من الاجارة و

لكن لا يخفى عليك ان الاشبه باصول المذهب وقواعده الاول لعدم كون ذلك

تعييناً رافعاً للجهالة بل ولا جزماً بجوازه في الاجارة لو قلنا به بدليل خاص

لا يقتضي الجواز هنا بعد حرمة القياس ومعلومية استقلال عقد المساقاة

عن عقد الاجارة كما هو واضح والله العالم ويكره ان يشترط رب الارض على

العامل مع الحصة شيئاً من ذهب وفضة بلا خلاف اجده كما اعترف به غير

واحد ولعل منشأ ذلك كما في شرح المفاتيح فتوى الفقهاء لكن لا اشكال في اصل الجواز

عندنا فلا ينبغي التوقف فيه لعموم المؤمنون عند شروطهم مع عدم كونه منافياً

لمقتضى العقد ولا للشرع فيجوز حينئذ ويجب الوفاء بالشرط ثم ذكر غير واحد

من الاصحاب انه لو تلفت الثمرة اجمع بآفة سماوية او ارضية لم يلزم الوفاء به

وكذا اذا لم تخرج والا كان اكل مال بالباطل لامتناع استحقاق احد العوضين

او بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر فان الشرط جزء من العوض

لكن في جامع المقاصد ان الحكم في الصورة المفروضة واضح اما العكس وهو الشرط

من العامل على المالك فظاهر اطلاق عبارة التذكرة والتحرير انه كذلك وفيه نظر

لان العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل والشرط قد وجب بالعمل فكيف

يسقط بغير مسقط فان تلف احد العوضين لا يوجب سقوط البعض الآخر مع

سلامة العوض الآخر وتبعه في المسالك فلذا قيل ان المدرك لذلك هو بطلان

المساقاة الذي يتبعه بطلان الشرط باعتبار فوات الفائدة التي هي ركن في المساقاة

بعدم بطلان البيع في بعض الصور الخاصة بعدم خروج الثمرة لدليل مخصوص

لا يقتضي الجواز هنا كما ان الاقدام عليه معتمداً للعادة لا يقتضي الصحة

مع تخلفها وربما يشهد لذلك في الجملة ما اعترف به في جامع المقاصد في فرع

ذكره في مسئلة هرب العامل انه لا يجب عليه اكمال العمل تمام المدة مع عدم خروج

الثمرة

الثمرة او تلفها كما عن التذكرة احتماله ايضاً اذ لا وجه له الا انفساخها بذلك

والا فالوجب الاكمال هو جيرة المسالك ظاهراً مشبهاً له بعامل القراض الذي لم يربح

مع وجوب الانضاض عليه الا انه احتمل اخيراً كونه كتلف العوض المعين في

البيع قبل قبضه الموجب للانفساخ ثم قال وفيه نظر قلت بل النظر في غيره

ضرورة قصد المعاوضة في المساقاة على العمل في المعاملة التي يراد منها تنميته

الحصة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل على ان المقام المعتبر فيه الظن

بحصول الثمرة ولا يكفي الاحتمال عندهم كما تعرف وح فلا اشكال في الحكم المزبور

انما الكلام في تلف البعض فقد يظهر من المحكي عدم سقوط شيء من الشرط

به لظهور كلامه في اعتبار تلف الجميع في السقوط لكن في القواعد في تلف

البعض الآخر او قصور الخروج اشكال وفي جامع المقاصد ينشأ من ان الشرط

محسوب من احد العوضين ولا ريب في ان مجموع العوضين مجموع الآخر فيقابل

الاجزاء بالاجزاء فاذا تلف بعض احد العوضين وجب ان يسقط مقابله من

العوض الآخر ومن ثم لو لم تخرج الثمرة اصلاً او تلفت جميعها سقط الشرط كله

ومن ان مقابلة الاجزاء بالاجزاء في عوض المساقاة منتفية لان الفائت بالتلف

عند حصول التلف او نقصان الخروج غير معلوم فلو تحققت المقابلة لم يكن

الساقط في مقابلة معلوماً ولذلك لو تلف بعض الثمرة او نقص الخروج عن

العادة لم يسقط شيء من العمل اصلاً ولان العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور

فاذا تلف بعضها تلف في ملكه بعد استحقاقه اياه بالمعاوضة فلا يسقط

بتلفه شيء من العوض الآخر لا يقال على هذا اذا تلف الجميع يجب ان لا يسقط

الشرط لعين ما ذكر لانا نقول في ذلك ضرر منفي بالحديث الى ان قال واعلم

ان الاشكال في قصور الخروج لا وجه له اصلاً لان العوض ما يخرج قليلاً كان

او كثيراً لا ما يتوقع خروجه بحسب العادة فكيف يعقل سقوط شيء من الشرط

بتخلف العادة اما تلف البعض فان الاشكال فيه وان كان لا يخلو من وجه

الا ان عدم سقوط شيء اقوى لما قررناه ويؤيده عموم اوفوا بالعقود

والمؤمنون عند شروطهم وتبعه على ذلك ثاني في المسالك قلت لعله ايضاً مبني

علی ما عرفت من بطلان المساقاة فی خصوص الفائت فیکون من تبعض الصفقة فی المساقاة وبالجملة ان فاتت الفائدة لو کان معلوم الحال وقت العقد لم تکن المساقاة علیه صحیحة فالجهل بالحال عند وقوعه لا یصیر سببا للصحة فی الواقع نعم هذا الحکم فی عدم الخروج مثلا اما التلف بعده فقد یقال ان مبناه اعتبار الادراک فی الفائدة التی هی رکن فی المساقاة لعدم النفع بها دونه وعدمه فعلی الاول یتجه البطلان بخلاف الثانی فعلی کل تقدیر للعامل فی مقابلة عمله الا ما حصل من الفائدة کما انه لیس له شیء مع فرض عدمها اصلا لاقدامه علی ذلک فتأمل

الفصل السادس فی الاحکام وهی مسائل الاولى

وفیه مسائل الاولى کل موضع تفسد فیه المساقاة ای بعد فساد العمل انعقادها فللعامل اجرة

الفصل السادس فی احکامها ای المساقاة وفیه مسائل الاولى الاصالة احترام عمل المسلم الواقع بالاذن ممن استوفاه والثمرة لصاحب الاصل المملوک له لتبعیته تبعیة النماء نماءه مع فرض عدم الناقل له شرعا عنه من غیر فرق فی ذلک بین العلم بالفساد والجهل به وبین کون الفساد من اشتراط کون الثمرة للمالک وغیره کما هو مقتضی اطلاق المتن وغیره بل فی المسالک نسبته الی الاکثر ووجهه ما عرفت من اصالة احترام عمل المسلم بعد العلم بعدم کون ذلک من التبرع المسقط للاجرة له فلذلک بینه والرضا بالعقد الفاسد او بالعقد المتضمن لعدم الاجرة لیس رضا بالعمل بلا اجرة فان الحیثیة ملاحظة بمعنی کون المتشخص منه فی الخارج الرضا بالعقد الذی لا یترتب علیه ذلک والعمل الصادر منه انما هو من حیث انه مقتضی العقد الفاسد لا انه رضی منه بالعمل فی حد ذاته دون نفسه بلا عوض فمع فساد العقد الذی قد وقع العمل علی مقتضاه معاملا معاملة الصحیح بقی احترام العمل بنفسه فما فی المسالک تبعا لجامع المقاصد من تقیید اطلاق المتن وغیره بما اذا لم یکن العامل عالما بالفساد وبما اذا لم یکن الفساد باشتراط کون الثمرة اجمع للمالک لکون الصورتین متبرعا لا یستحق علی عمله شیئا کما تری لا یخلو من نظر واضح منه فی ما عن الشهید من ان الواجب له حینئذ اقل الامرین من الحصة واجرة المثل لاقدامه علی التبرع بما زاد علیها مع نقصانها عن اجرة المثل اذ لا یخفی ان اقدامه علی العقد المقتضی لذلک بعد فرض فساده لا یقتضی الزامه وترتیب حکمه علیه فیبقی احترام عمله فی نفسه علی ما تقتضیه

الضوابط

المسألة الثانیة

الضوابط الشرعیة من ضمانه باجرة المثل کما هو واضح بادنی تامل والله العالم المسألة الثانیة اذا استاجر اجیرا للعمل بحصة منها ای الثمرة فان کان قبل ظهورها لم یجز قولا واحدا لکونها معدومة وجواز جعلها عوضا فی المساقاة للدلیل لا یقتضی الجواز هنا بعد حرمة القیاس وان کان بعد بدو صلاحها جاز بلا خلاف ولا اشکال لعموم الادلة واطلاقها السالمین عن معارضة ما یقتضی المنع وان کان بعد ظهورها وقولها مقطوعة وقبل بدو الصلاح بشرط القطع صح ان استاجره بالثمرة اجمع قبل بناء علی اعتبار ذلک فی البیع الذی قد عرفت قوة جواز ذلک فیه بدون الشرط المزبور الذی یمکن ارادة الکنایة عن ملاحظة حضورها نفسها حال العقد لا حال بدو صلاحها الآتی مثلا والا فاشتراط القطع من حیث کونه اشتراطا لا مدخلیة له فی مالیته لیتجه علی وجه یصلح کونه مبیعا واجرة فلا بأس حینئذ مع شرط القطع او شرط البقاء مدة معلومة ولا یکون بذلک مبیعا واجرة حال ادراکه الذی هو معلوم معدوم الآن وانما تکون حالا طارئا علی ملکه وبذلک یظهر ان مدرک الجواز الاصول والقواعد لا القیاس علی البیع الممنوع عندنا ولعله لذا لم یذکر المتن الجواز مع الضمیمة او العامین الذی ذکره فی البیع فانه مع فرض المنع بدون اشتراط القطع لکونه کنایة عما عرفت الا مع الضمیمة او العامین یختص البیع بالجواز لدلیله ولا یتناول ما هنا مع احتمال له کما جزم به فی المسالک قال ونرکه المتن انکالا علی ما ظهر من ذکر الجواز بشرط القطع من اتحاد الحکم فی المقامین ولو استاجره ببعضها قیل لا یصح لتعذر التسلیم لامکان عدم اذن الشریک فیتعذر القطع المعتبر اشتراطه فی الصحة والوجه الجواز کما فی المسالک قال لامکان القطع والتسلیم بالاذن کما فی کل مشترک ولو فرض امتناع الشریک تمکن باذن الحاکم قلت مع فرض کون الشریک المستأجر فیتجه الصحة للتمکن من اشتراط القطع علیه رضاه والتزامه به اما اذا کان غیره وقلنا بعدم جواز القسمة بالخرص والتخمین وعدم جواز الاجبار علی القطع قبل الادراک لما فیه

من الصور بشكل الجواز حينئذ بعدم احراز الشرط المعتبر في الصحة بناء على اعتبا
ر ان كان قد عرفت قوة عدمه الا اذا اريد به الكناية عما ذكرنا وقد
تقدم لنا في بيع الثمار ما ينفع ملاحظته في المقام خصوصا في الفرق
بين النخل وغيره من الاشجار مع ان المصاحبش لشيء من ذلك وكان عرضه
المعظم الفرق بين المساقاة والاجارة من جواز الاولى بحصة منها قبل
الظهور لكونها مشروعة على ذلك بخلاف الثانية التي هي باقية على مقتضى
القواعد من اعتبار المعلومية في الاجرة ولذا اقتصر على اشتراط القطع
دونها الضميمة والغاسبي المحمل كون جوازهما في البيع للدليل الخاص
من الاجماع او غيره والله العالم

المسألة الثالثة

المسألة الثالثة اذا قال ساقيتك على
هذا البستان بكذا على ان اساقيك على الآخر بكذا فعن والقايل الشيخ بما حكي
عنه يبطل لانه كالبيعين في بيع ولعدم لزوم هذا الشرط الذي هو بمنزلة
الوعد بالفرض انه سبب في زيادة العوض او نقصانه وهو لم يحصل فمنه
ذلك فيجهل ويبطل وكذا الكلام في بعتك هذا العبد بكذا على ان تبيعني
عبدك بكذا نعم لو ساقاه على الحديقتين صفقة صح وان اختلف الحصة
ولكن لا يخفى ان الجواز اشبه باصول المذهب وقواعده ضرورة عدم
كونه من ذلك المفسر بالبيع بثمن الى اجلين مثلا او على تقدير بين وتناول
اوفوا بالعقود التي منها المشتملة على الشرائط المفروض مضافا الى عموم
المؤمنون عند شروطهم فيجب الوفاء به وان سلم كونه وعدا لم يقدح
وان كان داعيا لزيادة العوض او نقصانه كما هو واضح واضعف منه ما
عن ابن الجنيد حيث قال لا اختار ايقاع المساقاة صفقة واحدة على
قطع متفرقة بعضها اشق عملا من بعض الآن يعقده بشرط في العقد
العقد على الاجرى اذ هو كما ترى اذ لا دليل عليه فالتحقيق الجواز في الصور

المسألة الرابعة

والله العالم المسألة الرابعة لو كانت الاصول لاثنين مثلا فقال الواحد
منهما ساقيتك على ان لك النصف مثلا صح وان لم يعلم نصيب كل منهما
لعدم مدخلية ذلك في العلم بحصته وليس الا تعدد المالك وهو غير

واحد ٢

مانع كما في الصور المتصورة في المقام نعم لو قال الاثنان على ان لك من حصته مالي
النصف ومن حصة الآخر الثلث صح ايضا ولكن بشرط ان يكون عالما بقدر نصيب
كل واحد منهما وح لو كان جاهلا بطلت المساقاة لتجهل الحصة كما هو واضح هذا
وقد ذكر في المتن بعض الصور لبيان كيفية القسمة بينهم للتدريب لا فائدة
في ذكرها والله العالم المسألة الخامسة اذا هرب العامل غير المعين في اثناء

المسألة الخامسة

بالنسبة الى اتحاد المالك والعامل وتعددهما م

العمل لم تبطل المساقاة قطعا لاصالة صحتها بل ظاهر الاصحاب هنا بقاؤها
على اللزوم فليس للمالك الفسخ بمجرد ذلك خصوصا ان بذل العمل عنه باذل لما
مر برفع امره الى الحاكم فيطلبه ويجبره على العمل فان تعذر ذلك استأجر من
ماله من يعمل عنه باجرة مؤجلة الى وقت الثمرة ومع فرض ظهورها وبدو
صلاحها استأجر بحصته اجمع او بعضها او بالاقتراض عليه او دفع اليه
الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه ولو على جهة القرض عليه او بغير ذلك
من الصور التي يحصل بها الحق ممن عليه الحق من هو له لانه ولي كل ممتنع لقوله تعالى
انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا وح متى حصل احدهما فلا خيار للمالك
لعدم الضرر عليه مع اصالة اللزوم ولكن قد يقال انه مناف لما يستفاد
منهم في غير المقام كالخيار بعدم الوفاء بالشرط وكالخيار بتأخير الثمن
وبالامتناع من العمل وتسليم العين المستأجرة ونحو ذلك من ثبوت الخيار بمجرد
حصول شيء من ذلك من غير مراجعة الى الحاكم بل ظاهرهم انه متى حصل
من احد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافي استحقاق الآخر عليه من حيث
اللزوم شرع له الفسخ وكان الحق وحده جائزا دفعا لضرره بذلك لقاعدة
لا ضرر ولا ضرار نعم لو لم يختار الفسخ رفع امره الى الحاكم في تحصيل حقه كما
انه قد يمنع وجوب فعل الصور المذكورة على الحاكم ومتى ظهر ذلك من
عباراتهم ضرورة كون قيام الحاكم في هذه الامور من باب الحسبة والاحسان
الذي لا يجب عليه مراعاته وعلى كل حال فقد ذكروا انه ان تعذر
فعل شيء من ذلك الذي قدمنا ذكره بل ولو لعدم امكان اثبات الحق عند الحاكم
على ما في المسالك او لعدم امكان الوصول اليه كان له الفسخ لتعذر العمل

عليه فينحصر دفع ضرره بذلك ولو لم يمنع وتعذر الوصول الى الحاكم ولو
على الوجه المزبور كان له ان يشهد انه استاجر عنه وح له ان يرجع عليه
لكونه كالحاكم في الولاية عنه بالنسبة الى ذلك اذ المؤمنون بعضهم اولياء
بعض لكن على تردد مما عرفت ومن الشك في ثبوت الولاية على الوجه المزبور
في هذا الحال وعلى كل لو لم يشهد لم يرجع اذا انكره العامل للاصل وفرض
عدم البينة على الاستيجار عنه بل لعل ظاهر العبارة عدم الرجوع حتى
لو صدقه العامل بل وحتى لو كان الاشهاد متعذرا لكونه اي الاشهاد
ح بمنزلة الحاكم بل في المسالك انه احد الاقوال في المسألة والثاني لا يرجع
مع التمكن منه والثالث الرجوع مط واشكله تبعا للكركي بانه لا مدخلية
للاشهاد في ثبوت الحق في نفسه ولو لارادة المقاصة وانما فائدته تو
الاثبات عليه لا الثبوت ومن هنا كان الاقوى الثالث بل احتمل قبول
قوله بيمينه لان الاصل عدم تبرع الانسان بعمل يحصل فيه غير انه من
الغير وان كان هو كما ترى ضرورة عدم كون ذلك اصلا اصيلا نعم
قد يتجه بذلك بناء على ثبوت ولايته عنه وذلك في هذا الحال لما عرفت
كما انه قد يتجه ان مراد المص بالاشهاد الذي جزم بعدم الرجوع مع
عدم احضار عدول المؤمنين على ذلك لان الولاية لهم مع عدم الحاكم
بل قد ذكرنا في غير المقام امكان ثبوت امثال هذه الولايات التي
من الحسبة لاحاد فساق المؤمنين مع عدم العدول فلاحظ وتامل
هذا كله في العامل غير المعين اما هو فالمتجه ثبوت الخيار بمجرد مباشرته
وان وجد المتبرع بل لو تبرع عنه متبرع لم يقع العمل له ولم يستحق بذلك
الحصة وان قصد اتمام العمل عنه بدلا في غير المعين فان الظاهر كونه
على حصته مع اتمام المتبرع وان لم يقصد العمل لان عقد المساقاة ملكه
الحصة مع حصول العمل منه او عن غيره كما لو استغنى بماء المطر من السقي
كما صرح بذلك في جامع المقاصد لكن قد بينا فيه في الثاني بعدم
استحقاقه الحصة التي هي عوض العمل عنه منه او عنه فاما اذا لم يكن

منه

منه ولا عنه لم يستحقها نحو من استاجر على عمل فاتفق حصوله من غيره لا بقصد
النيابة عنه وتدفع بان عقد المساقاة اقتضى كون العمل في ذمته فمتى
وقع كان عنه وله لعدم تصور كونه عمن ليس في ذمته على ان المساقاة
لا ريب في بقائها على الصحة التي معناها ترتب الاثر الذي هو ملك الحصة و
تكليف العامل باجرة المثل للمالك مع حصول العمل له تماما او حده فليس
الا ما ذكرنا لكن لا اضا في مع ذلك كله عدم خلو الحكم عن اشكال باعتبار عدم
ظهور الفرق بينه وبين من استوجر على عمل فاتفق حصوله من غيره كقلع
الغرس فانقلع لتسخره كالاستيجار على ازالة نجاسة فاتفق طارئة الريح لها
ونحو ذلك واحتمال الالتزام بالاجرة فيها صعب اللهم الا ان يفرق ان وضع
المساقاة والمزارعة ومشروعيتهما على ذلك فان المراد حصول الزرع والثمرة
الصالحة كما وكيفا مع احتياج ذلك الى العمل بفعله العامل وان استغنى عنه بفعل
الله او بفعل غيره الغير سقط عنه واستحق حصته بخلاف الاجارة فان المراد
فيها مقابلة العوض بالعمل فافهم المسألة السادسة اذا ادعى المالك
ان العامل خان او سرق او اتلف او فرط فتلف ونحو ذلك وانكر العامل فلا
ريب في ان القول قوله اي العامل مع يمينه لانه منكر بموافقته للاصل
سواء كان امينا له ام لا لعدم ضمانه بالتفريط على امانته فلا يتجه الدعوى
له الا في صورة كونه امينا وعلى كل حال فالقول قوله ايض في عدمه للاصل
وكان ظاهر المتن وغيره سماع الدعوى بذلك مع الجهل بالمقدار لعموم قوله
البينة على المدعي واليمين على من انكر لكن في كره لم تسمع دعواه حتى يحررها ببيان
المقدار مع ان المحكي في باب القضاء سماع الدعوى المجهولة وباقي الثمن
التحقيق في ذلك وكيف كان فمتى ثبت الخيانة بالبينة او بغيرها
هل ترفع يده او يستاجر من يكون معه من اصل الثمرة ظاهر المتن احتمالها
ولعله لان اثبات يده على حصته يستدعي اثباتها على حصة المالك
التي لم ترفع يده عنها وفيه منع توقف على ذلك لامكان وضع المالك
امينا على ما يرجع اليه منه الا اني لم اجده قولا لاحد من اصحابنا

بل ولا نعتبرهم نعم عن المزني يستأجر عليه من يعمل معه وفي موضع آخر يضم
اليه امين يشرف عليه وهو المحكي عن مالك وفي الاسعاد شرح الارشاد
للشافعية يلزمه الحاكم باجرة مشرف يراقبه ولا ازال يده لاستحقاق العمل
ويمكن استيفائه منه بهذا الطريق فتعين جمعا بين الحقين والوجه المطابق
لاصولنا ان يده لا ترتفع عن حصته من الربح اي الثمرة لعموم تسلط الناس
على اموالهم ولكن للمالك رفع يده عما عداه بل له ابطال ذلك مع عدم الخيانة
ومع فرض رضا المالك امينا لحفظ ما يرجع اليه كانت اجرته على المالك خاصة
كما في القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك لرجوع مصلحته اليه
لكن قد يشكل مع فرض كون الحفظ على العامل بانه من الاعمال الواجبة
عليه التي يجب الاستيجار عليه مع فرض عدم قيامه به وقد يدفع بمنع
كون ذلك من عمل المساقاة وان وجب الحفظ عليه اذا كان امانة في
يده وان سلم فالمراد به الحفظ من الغير واما الحفظ منه فهو من عموم
الخيانة والسرقة لا من حيث المساقاة على انه بثبوت الخيانة منه
في الجملة لا دليل على عدم قبول الحفظ منه مع بذله له وعلى كل حال فلو
لم يمكن الحفظ منه ولو مع الحافظ ففي الشرائع الاقرب رفع يده من
الثمرة والزامه باجرة عامل واختاره في المسالك ولعل الاول لان المالك
ان يحفظ ماله قطعا ولا يتم الا برفع يد العامل لانه الفرض و
الثاني ان العمل واجب عليه وقد تعذر بفعله بنفسه فيكون كما لو هرب
مضافا الى قاعدة الضرر ويحتمل الفسخ مع التعيين ومع عدمه
اذا لم يمكن الاستيجار عنه على حسب ما سمعته في الهارب كما صرح به ٢
الشهيد في حواشي القواعد وهو الذي صرح به في الاسعاد في شرح
الارشاد من كتب الشافعية لكن قد يناقش بما في جامع المقاصد من ان
الحق الثابت لشخص اذا كان لا يتم الا باسقاط حق شخص آخر وازالة يده
عن ملكه فلا دليل على سقوط ذلك الحق وازالة يده وبعدم تعذر العمل
منه لان مجرد الخيانة غير كاف في ذلك بل الموجود هنا رفع يده عن

الجمع

الجمع بينهما امكن ان يكون التعذر بسبب المالك فلا يجب على العامل شيء ولذا
قال في جامع المقاصد للتوقف في الموضعين مجال وهو في محله

المسألة السابعة

اذا ساقاه على اصول جاهلا بحالها فبانت باحد الطرق الشرعية انها مستحقة
بطلت المساقاة مع عدم اجازة المالك ولا ريب في ان الثمرة للمستحق لانها
نماء ملكه ولم يحصل ما يقتضي نقلها عنه وللعامل الاجرة على المساقي الذي
هو غار له بدفع عوض لم يسلم له عن عمله نعم لو كان عالما بالحال لم يرجع
بناء على عدم غروره مع علمه بل هو اقدام منه على ذلك والفرق بين ظهور
استحقاق الثمرة وبين عدم خروجها او هلاكها حيث تثبت اجرة العامل
في الاول دون الثاني انه لا استحقاق بموجب فساد العقد حيث لم يجز المالك
واصالة احترام عمل المسلم بعد فساد العقد تقتضي الرجوع الى الاجرة
على حسب ما عرفته سابقا بخلاف هلاك الثمرة وعدم خروجها وما شاكلهما
فان العقد معهما صحيح فلا يستحق العامل سوى الحصة وان فاتت لان ذلك
مقتضى عقد المساقاة على تقدير صحته ولا ينافي ذلك ما ذكرناه سابقا
من الانفساخ بذلك فانه انفساخ من حينه للاكتفاء في الصحة بالاستعداد
المزبور حتى يتحقق الحال بل لو قلنا بالانفساخ من اصل العقد امكن الفرق بين
ما بناء المساقاة عليه من امثال هذه الامور وبين الاستحقاق ونحوه من
الامور المقتضية لفساده فتامل وانت العالم وعلى كل حال فمع وجود الثمرة و
بقائها عنده دفعت الى مستحقها ولو اقتسماها اي الثمرة وتلفت كان
للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع بناء على ان غصب العين يقتضي
ثبوت يده على ثمرتها وان كان قد نقلها عنه لكن ذلك من يده عليها
ولكن يرجع الغاصب على العامل بما حصل له من الحصة التي بان عدم استحقاقه
اياها فهو ضامن لها لمستحقها لعموم من اتلف والفرض ان يده عليها كانت
يد ضمان لانها عوض العمل ولذا كان للعامل على الغاصب اجرة عمله كما
عرفت لانها يد مجان بغرور من الغاصب فهو في الحقيقة الضامن لها
لان التلف قد كان في يده وان جاز للمالك مطالبة الغاصب بالاداء عنه

بسبب غصبه وليس هو في ذمته اذ لا وجه لاشتغال ذمتين بمال واحد ولو على
البدل فمع فرض دفع العوض عنها له صارت للمعدوم ملك المالك العوض
والمعوض وعدم استحقاقه لهما وليس هو من التبرع بوفاء الدين كي تبرء
ذمة العامل ولا يستحق الغاصب الرجوع عليه بل هو من التكليف الشرعي
للغاصب بالاداء عن العامل مع مطالبة المالك وذلك يقوم مقام الاذن ممن
عليه الحق بالاداء وبالجملة هو من المعاوضات الشرعية المستقلة بنفسها التي
لا تدخل في صلح عقدي او حوالة او نحوهما ولعل دليل ذلك الاجماع منهم كما يظهر
من ارسالهم ارسال المسلمات ولولاه لاشكل رجوع الغاصب عليه بعد برائة
ذمته من مال المالك بالدفع عنه من الغاصب ولو بالخطاب الشرعي اذ انتقال
المال الذي قد كان في ذمته للمالك للغاصب يحتاج الى ناقل من النواقل المعهودة
والفرض عدمه فليس ح الا المعاوضة الشرعية وكيف كان فلا يخفى ان
ذلك كله مقيد بما اذا لم يبق للغاصب ظاهرا مصرا على دعوى الملكية والا لم يكن له الرجوع
على العامل مع اخذه له باقراره واعترافه بكونه مظلوما باخذ المالك
منه ذلك والمظلوم لا يظلم غيره كما ان رجوع العامل بالاجرة مقيد بنحو ذلك
والا لم يصح له الرجوع بعد اعترافه بخطاء البينة وان الغاصب ظاهرا هو هو ح
مالك للحصة وان ظلم اخذت منه لكن لا يظلم غيره ولو اختلفا في ذلك جرى
على كل منهما حكم اقراره واخذ به ولا يلتزم به الاخر كما هو معلوم من القواعد
الشرعية وعلى كل حال فقد بان لك الوجه في ان للمالك الرجوع على الغاصب
او يرجع على كل واحد منهما ولا رجوع لاحدهما على الاخر في ذلك الا للعامل
بالاجرة مع جهله وقيل له ايضا الرجوع على العامل بالجميع ان شاء لان يده
عادية على البدل ما اخذت حتى تؤدى ولكن يرجع هو ح على الغاصب بما
حصل له على نحو ما تقدم والاولى الاقتصار على الرجوع على الغاصب وعلى
كل حال فهذه المسألة اشبه باصول المذهب وقواعده عند المتأخرين
الا انه قد يرى ان يكون العامل عالما به ولكن لا يخفى عليك ما فيه ضرورة
عدم مدخلية الجهل والعلم في صدق ثبوت اليد وعدمه اذ العامل من حيث

كونه

كونه عاملا ان لم يكن له يد على الثمرة وانما هو مراع لها ونائب عن المساقي
فهو كذلك مع علمه ايضا والا كان ضامنا في الحالين بل الظاهر الثاني خصوصا مع
كون بعض اعماله كالتلقيح والتركيب ونحوهما متعلقا بها ولكن هذه اليد
لا ترفع يد المساقي الغاصب الظاهر ولذا كان له الرجوع على كل منهما بالجميع وبما حصل
له كما هو واضح بادنى تامل فالثاني هو الاشبه لا الاول من غير فرق بين
تلفها بالاقتسام او بآفة او بعضها لان المسألة من توارد الايدي على العين
المغصوبة المسألة الثامنة ليس للعامل غير المعين فضلا عنه ان يساقي (المسألة الثامنة)
غيره بخلاف المزارعة والاجارة لا لما اطنب فيه في المسالك تبعا للمحقق
الثاني مما لا حاصل له او مخالف للضوابط الشرعية بل لان المساقاة
على خلاف القواعد باعتبار الغرر والجهالة والثابت من الادلة انها
انما تصح على اصل مملوك عينا او وكالة او ولاية للمساقي دون ما عداه
اذ ليس في شيء من نصوصها اطلاق يرجع اليه واوفوا بالعقود والا
ان تكون تجارة عن تراض لا يصلح لاثبات مشروعية مثل ذلك ولا فرق
فيما ذكرنا بين حالي ظهور الثمرة وعدمه نعم له الاجارة على القيام بعمله
المراد منه او الصلح بشيء من الثمرة او غيره وبذلك ونحوه يظهر لك
فساد ما اطنب به في المسالك من الفرق بين المزارعة والمساقاة
وغيره اذ كون المساقاة معاملة على الاصول يقتضي عدم جوازها
من المساقي في مدة معلومية ارادة سقيها ونحو ذلك من المعاملة
عليها فهي ح كالارض في المزارعة والحصة قد سبقتها استحقها
بالعقد فلا ريب في انه لا مانع منها من ذلك بحسب القواعد الشرعية
لو كان هناك مقتضى للصحة من اطلاق ونحوه وعلى تقديره فلا محيص
عنه كما يحكى عن بعض افاضل متأخري المتأخرين بل لعله ظاهر المحكي
عن الاسكافي ايضا في المختلف قال لو شارك المساقي غيره جاز اذا لم يكن
شرط عليه ان يتولى العمل بنفسه وكان شريكا للمساقي بجزء من حصته
لا بجزء من الاصل اذا عملا جميعا فيه فان تفرد المساقي الثاني بالعمل كله

ولم يكن رب المال جعل الى المساقي ان يساقي غيره ولا فوض ذلك اليه لم يكن للمساقي
الاول ان يأخذ جزءاً من الغلة وكان له اجر مثله فان عمل فيها جاز لكن فيه انه
لا اجر له مع فرض عدم العمل منه بل عليه اجرة المثل للمساقي الثاني لغروره اياه
اللهم الا ان يكون بذلك يستحق الاجرة على المالك لصيرورة العمل له باذنه لا الاجرة
عندنا الا ان المتجه استحقاقه الحصة لحصول العمل ولو من اجيره اجيره لا الاجرة
ولذا قال ابن البراج فيما حكي عنه اذا دفع انسان الى غيره نخلاً معاملة هذه
السنة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك او لم يقل ذلك ودفعه العامل الى
آخر معاملة بعشرين وسقاً مما يخرج من الثمرة فعلى هذا كان الخارج بين
الاول ومالك النخل نصفين وللآخر على الاول اجر عمله ولو كان الشرط في
المعاملة الاولى عشرين وسقاً لاحدهما بعينه وفي الثانية النصف كان
الخارج لمالك النخل وللآخر على الاول اجر عمله وللاول على صاحب النخل
اجرة ما عمل الآخر ولا ضمان عليه في ذلك ولو كان الوجه بطلان المساقاة
فالنماء كله للمالك الا انه على الاول اجرة عمل الثاني ويستحقها الاول على
صاحب النخل ولكن في لفظ بعد ان حكى ما سمعت عن الجنيد وابن البراج قال
والتحقيق ان المالك ان اذن للاول في مساقاة الثاني صحت وكان الاول
كالوكيل لا حصة له في النماء وان لم يأذن فالثمرة للمالك وعليه اجرة
المثل للثاني ولا شيء للاول وفيه انه لا وجه لوجوبها عليه مع
فرض عدم الاذن منه في عمله اللهم الا ان يريد لا شيء له في مستقر
الامر بمعنى يجب رجوع الثاني على الاول والاول على صاحب النخل ففي
الحقيقة الاجرة للثاني ولا شيء للاول فتامل وعلى كل حال فكلامه في
خصوص ما سمعته من ابن البراج لا في اصل المسألة ضرورة انه لا وجه
للاذن مع فرض عدم مشروعية المساقاة من المساقي الاول وكونه
كالوكيل بالنسبة الى ذلك لا معنى له مع فرض كون مساقاته للمساقي
الثاني في مساقاته المستحقة عليه لكن في جامع المقاصد بعد ان
ذكر الوجه في عدم جواز المساقاة للمساقي والفرق بينها وبين المزارعة

وهذا الحكم بأذن المالك فاذا اذن للعامل في المساقاة صح وكان الثاني
هو العامل والاول وكيلاً عن المالك وفيه ما لا يخفى بعد لزوم عقد المساقاة
للاول كما ان من ذلك يعلم ان عدم جواز المساقاة للعامل لعدم حصول
الشرط شرعاً ولعدم مقتضى الصحة لا لعدم حصول الاذن من المالك
في تصرف غير العامل الاول ليتوهم الصحة بفرض الاذن نعم لو ان المانع من
المساقاة عدم جواز التصرف لغير الاول امكن ح ارتفاع ذلك بالاذن
ح ولا يكون وكيلاً بل هو مساق حقيقة ويجري عليه احكام المساقاة كما
هو واضح المسألة التاسعة خراج الارض مغروسة وغير مغروسة
على المالك للغرس الكائن فيها بسبب انتفاعهما في ذلك دخل المسلمين
فيها وان ضرب على الشجر الذي فيها فانما هو بواسطتها والعامل انما
يستحق الحصة بواسطة عمله فلا اشكال ح في ان الخراج على المالك الا
ان يشترط على العامل او بينهما فيجب ح على حسب الشرط لعموم المؤمنون
ولكن يجري عليه حكم الشرائط بل قد سمعت في المزارعة اعتبار معلومية
مقداره في صحة اشتراطه وقد سلف منا هناك ما له نفع في المقام فلاحظ
وتامل لكن قد تقدم آنفاً احكام الشرائط مع عدم خروج الثمرة او تلفهما
والفرق بينهما بين المذكور شرطاً وجزءاً للعقد مع الصحة والله العالم المسألة
العاشرة الفائدة تملك بين العامل ورب الاصول بالظهور بلا خلاف
اجده بل في التذكرة نسبته الى علمائنا بل في المسالك الاجماع على عدم تأخر
ملك العامل الى بلوغ وادراكها قلت ولذا ليس ح الا الملك بالظهور مضافاً
الى ان ذلك مقتضى تبعية النماء في الملك والمشروع من عقد المساقاة
المقتضي لملك العامل الحصة وملك رب الاصول العمل عليه فما عن
بعض العامة من عدم ملك العامل الا بالقسمة قياساً على عامل القراض
واضح الفساد حتى في المقيس عليه عندنا كما تقدم في محله مع وضوح
الفرق بينهما بان الربح هناك وقاية لرأس المال فلا ربح ح الا بعد
وصول رأس المال الى المالك بخلاف الثمرة هنا وح فتجب الزكوة فيها

المسألة التاسعة

المسألة العاشرة

على كل واحد منهما اذا بلغ نصيبه نصابا كما هو شان لتحقق الاسباب سبب
الوجوب وهو النماء على مالكهما مع فرض بلوغ النصاب خلافا لابن زهرة
هنا وفي المزارعة على مالك البذر وفي الاصول خاصة لانه نماء ملكه وما
ياخذه المزارع والمساقي كالاجرة من عمله وقال لا خلاف ان الاجرة لا يجب
فيها الزكوة وكذا ان كان البذر للمزارع لان ما ياخذه مالك الارض كالاجرة
عن ارضه فان كان البذر منهما فالزكوة على كل واحد منهما اذا بلغ مقدار
سهمه النصاب وبالغ ابن ادريس في التشنيع عليه وقال اني راجعته في هذا
الحكم وكاتبته الى حلب ونبهته على فساده فلم يقبل ويعتذر باعذار واضحة
وابان بها انه يقبل عليه الرد لعمري ان الحق يقبل كله ومات رحمه الله تم
وهو على ما قاله ووافقه على ذلك جمع ممن تاخر عنه ثم في المختلف بعد
ان استجود قول ابن ادريس قال قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد من
الصواب لكن في الحدائق الظاهر ان الحامل على ذلك ابن ادريس عليه
والا فهو في غاية البعد من الصواب ونحوه في المسالك بعد ان قال ضعفه
ظاهر لان الحصة قد ملكت هنا بعنوان المعاوضة في وقت يصلح لتعلق
الزكوة فيها لا بطريق الاجرة ثم لو سلم كونها كالاجرة فمطلق الاجرة
لا يمنع من وجوب الزكوة بل اذا تعلق الملك بها بعد الوجوب اذ لو
استاجره بزرع قبل بدو صلاحه او آجر المالك الارض بالزرع كذلك
لوجبت الزكوة على مالك الاجرة والمعترض الزرع كذلك نعم لو كان
يذهب الى ان الحصة لا يملكها من الابتداء بالظهور بل بعد بدو
صلاح الثمرة ونحوه امكن ترتب الحكم لكنه خلاف اجماع الاصحاب ومع
ذلك لا يتم تعليله بالاجرة بل بتاخر ملكه عن الوجوب وفي جامع المقاصد
بعد ان حكى ما سمعته من المختلف قال وهو عجيب علم بما قال والظاهر عندنا
انه لا وجه له اصلا الا على القول بان استحقاقه وتملكه انما يكون
بعد بدو الصلاح وتعلق الزكوة وهو بين خلاف ما نقله المصنف
على انا فكيف يكون خلافه قريبا من الصواب ولعله يريد ان ذلك محتمل

وغير مقطوع ببطلانه فلا يأتي على قائله كل ما ذكره ابن ادريس من التشنيع قلت
لعل ابن زهرة لحظ عدم الوجوب في الاجرة عن العمل باعتبار عدم استحقاق تسلمها
الا بعد تمام العمل والزكوة يعتبر فيها التمكن من التصرف في المال المملوك وانه لحظ وجوبها
بعد المؤنة والفرض كون العمل في مقابلها فهو من مؤنته ولذا اوللاول نفى الخلاف
عن عدم وجوبها على الاجرة ومنه يعلم ما في المسالك من وجوبها على الآجر ارضا
بزرع اذا اراد عدم احتساب مقدار اجرة المثل من المؤنة وكذلك اجرة مثل العمل
وبذلك يظهر الفرق بين المقام وبين عمل المالك لثمرته مع انه يتاتى ايضا با
احتساب اجرة عمله مؤنة وكذا ما يتلفه من ثياب ونحوها في ذلك وان كنا لم نوافق
عليه لكن المقام في المقام العمل المقابل بعوض وهو الزرع ودعوى الفرق بين العوض في
المساقاة والمزارعة وبين الاجرة واضح الفساد ولعله الى ذلك ونحوه اوما الفاضل
في المختلف بنفي البعد عن الصواب لا ما سمعته من جامع المقاصد والمسالك والحدائق
مما لا يناسب حمل مثله عليه ومن هنا يتجه سقوط زكوتها عنهما معا لخروجها بالظهور عن
ملك رب الارض والاصول وعدم تمامية الملك للعامل لكونها في مقابلة العمل صارت
من جملة المؤن والزكوة انما هي على العفو اي الزائد لقوله تعالى ويسألونك ماذا
ينفقون قل العفو وغيره مما تقدم في محله بل لو ان السيد يرى ملك العامل بعد
بدو الصلاح او بالقسمة فالمتجه ايضا عدم الوجوب على المالك فضلا عن
العامل لانه من جملة المؤن وان لم يبلغ النصاب فيها لما نقل باستثناء
مؤن الحصة ووجوب الزكوة عليه كما في المسالك قال لان انتقالها عن ملكه حصل
بعد تعلق الوجوب كما تجب الزكوة على البائع لو باع الثمرة بعد بدو الصلاح لكن قد
يشكل بالفرق بينهما بالخروج عن ملكه قهرا مجانا في الاول بخلاف الثاني على ان
تمامية الملك معتبرة في الزكوة وهي هنا منتفية بتعلق حق العامل المانع له عن التصرف
وان لم يخرج عن ملكه تتمة اذا دفع ارضا الى رجل ليغرسها على ان الغرس بينهما
كانت المغارسة باطلة عندنا لان الاصل الفساد وما عساه يظهر من بعض النصوص
محمول على وقوع ذلك بعقد صلح او اجارة جامعة للشرائط لا على مشروعية هذا
العقد على نحو عقد المزارعة فان الاجماع بقسميه على بطلانه وحينئذ فالغرس لصاحبه

لعدم حصول ما اقتضى نقله عنه ولصاحب الارض الزامه بعد بطلان المعاملة
فان الناس مسلطون على اموالهم ولو لاجرة عوضاً عما مضى من منفعة
لفوات ما حصل الاذن بسببه من الشركة في الغرس باعتبار فساد المعاملة
والشرع عدم دفعه الارض مجاناً ولكن عليه ارش النقصان الحاصل على الغرس
بسبب القلع وان استحق له فان استحقاقه لا يرفع ضمانه لما حصل بفعله
بعد ان لم يكن الغارس ظالماً كي لا يكون لعرقه حق وانما اقتضاه فساد المعاملة
التي وقع التراضي منهما بها ولكن الكلام في كيفية تاديته ففي المسالك ان المراد
به هنا تفاوت ما بين قيمته في حالتيه على الوضع الذي هو عليه وهو كونه
حال غرسه باقياً باجرة ومستحقاً للقلع بالارش وكونه مقلوعاً لان ذلك هو
المعقول من ارش النقصان لا تفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقاً ومقلوعاً اذ لا حق
له في القيام كذلك ليقوم بتلك الحالة ولا تفاوت ما بين كونه قائماً بالاجرة
ومقلوعاً كما ذكرناه من ان استحقاقه القلع بالارش من جملة اوصافه ولا
تفاوت ما بين كونه مستحقاً للقلع ومقلوعاً لتخلف بعض اوصافه ايضاً كما بينا
ولا بين كونه قائماً مستحقاً للقلع بالارش ومقلوعاً لتخلف وصف البقاء بالاجرة
وهذه الوجوه المنفية ذهب الى كل منها بعض الى ان قال والاول مع سلامته
مما فيها الاعدل من دونه لان معرفة الارش فيه متوقفة على معرفته
حيث اخذ في تحديده والظاهر ان القيمة لا تختلف باعتباره وان تقدير ه كذلك
كتقديره مقلوعاً قائماً باجرة فلا يضر مثل هذا الدور ونظائر الارش نظائره
كثيرة تقدم بعضها قلت تدبر فيها او اكثرها مبنية على ملاحظة بقائه
الممنوع عنه في قيمته ولذا لاحظ البقاء بالاجرة مع انه لا يخفى عليك عدم
استحقاق بقائه اصلاً لا مجاناً ولا باجرة وانما ذلك يتبع التراضي بينهما
فقد يرضى معه المالك بالاجرة او بالمجانية فليس هو من اوصافه فقيمته نعم لو
كان عليه غير المالك المستحق لقلعه امكن ح تقويمه عليه بنحو ذلك اما
هو فقلعه له باستحقاقه ولكن يضمن ارش نقصانه الحاصل بالقلع بمعنى
انه اذا لحصه من حيث القلع نفسه نقصان ضمنه له وحيث لا يلحقه لم يضمن

له شيئاً وهو المراد للمتن وللشهيد في اللمعة ولو نقص بالقلع ضمن ارشه الا ان
المراد تقويمه من حيث بقائه الذي هو غير مستحق له اصلاً ومن الغريب ملاحظة
كونه مستحقاً للقلع بالارش في ارشه مع انه لا يكاد يحصل له معنى محصل
بالنسبة الى قلع المالك له وبالجملة فالمراد ضمانه النقص الحاصل من حيث
القلع ان حصل من غير ملاحظة البقاء بمعنى ان هذه الشجرة لما قلعت نقصت
بسبب القلع عن حال ثباتها لا من حيث بقائها ومن ذلك يظهر لك ما في جملة
بيان ما يجب على العامل كما يجب على المالك
من كتب الاساطين فلاحظ وتامل وكيف كان فكما يجب على المالك ارش النقصان
الحاصل بالقلع كذلك يجب على ارش نقصان الارض وطم الحفر وقلع العروق
المتخلفة من المقلوع ثم انه لم يفرق الاصحاب في المسالة وغيرها في جميع ما
سمعت بين العلم بالبطلان والجهل به بل تعليلهم كالصريح في ذلك وهو مؤيد
لما قلناه سابقاً في المساقاة الباطلة مع العلم بالفساد وكان ثاني الشهيدين
رجع عما ذكره هناك حيث انه بعد ان اعترف بما سمعت قال هنا ولا يبعد
الفرق بينهما فلا اجرة لصاحب الارض مع علمه ولا ارش لصاحب الغرس
مع علمه اما الاول فلانه اذن في التصرف فيها بالحصة مع علمه بعدم
استحقاقهما واما الثاني فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه ثم قال ويمكن
دفعه بان الامر لما كان منحصراً في الحصة او الاجرة لم يكن الاذن من المالك
تبرعاً فله الاجرة لفساد المعاملة والغرس لما كان باذن المالك وان لم يكن بحصة
معروفة فعروقه ليس لظالم فيكون مستحقاً للارش قلت وهو قريب لما ذكرناه سابقاً
من الحاقنا المعاملة على الضمان وان علما بفسادها وعدم ترتب ما تضمنته
لكن مثل ذلك لا يقتضي بالتبرع كما هو واضح فلو كان الغرس من مالك الارض فله
الاجرة عليه بعد فساد المعاملة ولو ركب الغارس فيه نوعاً آخر كما في شجر
التوت ونحوه فان كان المركب للغارس نفسه فيتاوه له مدة بقائه و
عليه اجرة تركيبه على الاصل الذي لصاحب الارض وله ازالته مع الارش
على حسب ما مر صورة عدم الشرط في الغرس بين كونه في ارضه او
في شجرته والله العالم وعلى كل حال فلو دفع مالك الارض القيمة للغارس

كتاب الوديعة

والنظر في ثلثة امور

الاول

يكون الغرس له لم يجبر الغارس للاصل وعموم تسلط الناس على اموالها وكذا
لو دفع الغارس الاجرة لم يجبر صاحب الارض على التبقية لما عرفت ايضا وقاعدة
لا ضرر ولا ضرار لا تقتضي الجبر وهدم الافراد التي منها القواعد الشرعية والله العالم
كتاب الوديعة واحدة الودايع قال الكسائي على ما في الصحاح يقال
اودعته مالا اي دفعته اليه يكون وديعة عنده واودعته ايضا اذا دفع
اليك مالا يكون وديعة عندك فقبلتها وهو من الاضداد وكيف كان فالنظر
في هذا الكتاب يقع في ثلثة امور الاول العقد وهو لفظ يقتضي استنابة
في الحفظ لكن من المعلوم ان الظاهر كون لفظ الوديعة كلفظ البيع والصلح
والاجارة ونحوها مما في المختصر في انها اسماء للعقود او لآثارها وغاياتها
المترتبة عليها او للمعنى الصادر من الموجب وهو النقل في البيع والاستنابة
في الحفظ هنا وقد تقدم لك التحقيق في محله وان الاصح الاخير او ان مرجع
الجميع الى معنى واحد نعم قد ذكرنا هناك ان هذه الاسماء تحصل بواسطة
العقد وغيره فالبيع يحصل بالعقد وبغيره وهو المسمى في عرفهم بالمعاطاة
والظاهر ان الامر هنا كذلك للاجماع ظاهرا الا ممن يعتد بقوله على تحقق
الوديعة بالعقد والقطع من السيرة والصدق العرفي على تحققها ايضا بغيره
فلا محيص عن التزام تحققها بالعقد وبغيره على نحو ما سمعته في البيع
وان شئت سمه هنا معاطاة البيع كما ان الظاهر من اصطلاحهم اختصاص
مسمى العقد بالالفاظ دون الافعال والمركب منها ومن الاقوال نعم قد ظهر
من جماعة بل قد يكون صريح بعضهم تحقق العقد الجائز بالايجاب اللفظي و
القبول الفعلي ولم نجد له شاهدا فان المتعارف من لفظ العقد تركيبه من
الايجاب القولي والقبول القولي والفاظهما المسماة بصيغ العقود ولكن لا ينكر
تحقق اسم الوديعة مثلا بالمفروض وبغيره من الفعليين وذلك لا يقتضي
تحقق العقد وعلى كل حال فلا خلاف ممن يعتد به ولا اشكال في اعتبار
معنى العقدية في الوديعة سواء كانت بالاقوال او الافعال على حسب
البيع والصلح والاجارة وغيرها من العقود لا انها من الاذن والاباحة التي

لم يلحظ فيها الربط بين القصدين والرضا من الطرفين نحو اباحة
الطعام ونظهر الثمرة في امور منها انفساخ الوديعة بفسخ المستودع نفسه
دعوله ويجب عليه ايصال المال الى صاحبه فورا والا كان ضامنا فليس
له الرجوع الى الاستيداع بدون تجديد بخلاف الاذن فان له الرجوع اليها
وان رفع يده عنها اولا اذ لا فسخ بالنسبة اليها ولم يحصل ما يقتضي رفع الاول
الحاصل منها كما هو واضح ثم ان تعريف المصنف العقد بما سمعت فيه ما لا يخفى
نعم هو تعريف للوديعة كما في النافع لا لعقدها اللهم الا ان يريد عقد يفيد
استنابة في الحفظ ولا يرد عليه انه ينبغي ضم القبول معه ح وذلك لتعلق
الاستنابة والنيابة نحو تعريفهم البيع بالنقل كما انه لا يرد عليه الوكالة
على بيع شيء مثلا لكون المراد هنا الاستنابة بالذات بخلاف الوكالة التي يقصد
فيها شيء آخر ويتبعه الحفظ لكونه امانة وعلى كل حال فلا اشكال في انه
يفتقر الى ايجاب وقبول كما في كل عقد بل قد عرفت ان ما هو كالمعاطاة منها
محتاج الى معنى الايجابية والقبولية التي يقصد فيها الانشاء من الطرفين
مع ربط كل منهما وقصده بالآخر فضلا عن العقد ولكن ينبغي ان يعلم
ان عقدها هنا يقع بكل عبارة دلت على معناه مجازا او حقيقة سواء ذلك
في الايجاب والقبول وذلك للتوسع فيها عندهم بل قد تقدم لنا بيان قوة الاكتفاء
بذلك في العقود اللازمة فضلا عن الجائزة بل ذكر المص وغيره هنا انه يكفي
الفعل الدال على القبول وظاهرهم الاكتفاء به في تحقق العقد بناء قالوا لكونه
اصرح من اللفظ ويجب به الحفظ والضمان مع سببه بخلاف القول لكن
قد عرفت ما فيه واغرب من ذلك ما عن بعضهم من الاكتفاء بنحو ذلك في
الايجاب قياسا على الوكالة التي لم يثبت فيها ذلك نعم لا باس بدعوى تحقق
الوديعة بالفعلي من الجانبين فضلا عن احدهما بناء على تحقق البيع
وغيره بذلك فضلا عنها لا تحقق العقد الذي هو اصطلاحا المركب من
الايجاب والقبول اللفظيين والامر هنا سهل لعدم ظهور فائدة بين المعاطاة
والعقد هنا بعد اشتراكهما في الجواز مع انه يمكن ارادة المص الاكتفاء في

تحقق الوديعة بذلك لا عقدها لما تشار الى الايجاب الفعلي بقوله ولو طرح
كما ستسمعه منفصلاً فيكون حاصله تحقق الوديعة بالعقد الذي يكفي في ايجابه
وقبوله كل عبارة وتقع بالافعال من الجانبين وبالمركب منهما وان لم يسم
ذلك عقداً اصطلاحاً فتامل جيداً وكيف كان فقال ولو طرح العين التي
يريد جعلها وديعة عند من قصد استيداعه لم يلزمه حفظها اذا لم
يقبلها قولاً ولا فعلاً لعدم تحقق الوديعة التي لا اشكال في اعتبار القبول
او ما في معناه فيها سواء كانت بعقد او بغيره مما في حكم المعاطاة فلو تركها
ح وذهب لم يكن عليه ضمان للاصل لكن في المسالك بانه ان كان ذهابه بعد
ما غاب المالك عنه لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البر واعانة المحتاج
فيكون واجباً على الكفاية وفيه ما لا يخفى اما انه قبلها على وجه يلحقها حكم
الوديعة من وجوب الحفظ وغيره بل قد يحتمل من المسالك ضمانها لو تركها
والمالك حاضر فانه بعد ان حكى عن التذكرة ان ذلك رد للوديعة قال و
يشكل بتحقق الرد بمجرد الذهاب عنها مع حضور المالك لاصالة بقاء العقد
وكون الذهاب اعم منه ما لم ينضم اليه قرائن تدل عليه وان كان قد بنا فش
ح بانه ان كان الذهاب اعم من ذلك الا ان الظاهر عدم ضمانه بالذهاب
المزبور لعدم صدق التفريط فيها والاصل برائة الذمة ولعله لا يريد
الضمان وانما يريد عدم انفساخ العقد بذلك ثم لا يخفى ظهور العبارة
المحكي مثلها عن التذكرة والارشاد والتحرير واللمعة والروضة في تحقق الوديعة
بالطرح المزبور مع القبول فعلا او قولا انه لا دلالة فيه على تحقق العقد بذلك
كما في المسالك من انكار ذلك باعتبار ان الوجوب الحفظ المترتب على القبول
اعم من كونه بسبب الوديعة لانه قد يكون بسبب التصرف في مال الغير في غير
محله ضرورة ظهور العبارة في تحقق الوديعة بالقبول ويتبعه الحفظ نعم لا
دلالة فيها على كون ذلك عقداً لا عرفت من تحققها بدونه على قياس معاطاة
البيع والصلح والاجارة وغيرها التي هي منها على الاصح وان لم يكن عقدا كما حققناه
في محله هذا كله في الطرح بعنوان الاستيداع اما اذا كان مجرداً عن ذلك فلا تتحقق

بيان عدم لزوم حفظ الوديعة لو طرحت

وجوب م

القبض

الوديعة مع القبول قولاً او فعلا لعدم تحقق ايجابها المتوقف عليه تأثير
القبول وان وجب عليه الحفظ في الثاني اذا كان قد قبضه لتعمي على البدل الظم
وجوب ضمانه عليه لعدم تحقق الاذن له في قبضه ومما ذكرنا يظهر لك الحكم
في جميع صور المقام وان اطنب فيها في المسالك لكن مع تشويش في جميع كلامه مع
انه ربما ظهر منه اعتبار اللفظ فيما يدل على ارادة الايداع من الطرح في تحقق
الوديعة ولا ريب في فساده ضرورة صدقها مع دلالة غيره من الاشارة
للعجمة والكتابة ونحوهما ان لم يكن متحقق بذلك عقدها لكن يتحقق معاطاتها
كما سمعته سابقاً فلاحظ وتامل هذا وقد يحتمل في عبارة المتن ارادة بيان
عدم وجوب الحفظ على المستودع وان حصل عقد الوديعة اذا لم يقبل
قبضها المعلومية عدم لزوم العقد كي يترتب عليه بعد حصوله ذلك
وربما يومي اطلاق لفظ الوديعة المقتضي تحقق الوصف فيها باجراء
عقدها فيما بينهما ومن ذلك ينقدح ح اعتبار القبض في ترتب احكام
الوديعة من الحفظ وغيره بل الظ عدم وجوب القبض عليه ولو شرطاه مع
احتماله او الفسخ كما سمعته انشاء في نظيره بل قد يتوقف في جواز القبض بدون
الاذن من المالك وان حصل العقد بينهما مع احتماله لحصول الاذن منه
بالعقد ولكن قد يشكل بناء على اشتراطه في الصحة بعدم اقتضائه ذلك
وهو ح كالقبض في الهبة نعم لو قلنا بعدم كونه شرطا في ذلك اتجه عدم
الاذن فيه ولم احد تحريرا في كلام لذلك وربما يأتي له تتمة عند قوله
واذا استودع الخ وكذا لو اكره المودع او غيره المستودع على قبضها
وديعة لم تصر وديعة بذلك للمعلومية اعتبار الاختيار في قبولها وح
لا يضمنها لو اهمل حفظها نعم لو رضي بذلك بعد الاكراه على وجه الاجازة
للاول صارت وديعة بناء على تأثير اجازة المكره لانه رضاه به ووضع
يده المتجدد يكون قبولاً جديداً باعتبار عدم اعتبار مقارنة هذا
القبول للايجاب كما في المسالك وان كان هو ممكنا ايض لكن مع ذلك لا مع
حصول الرضا بما وقع سابقاً على نحو بيع المكره ونكاحه ونظائرهما في

الضمان بالتفريط السابق وغيره بل قد يتوجه بعدم صحته حتى مع القصد
المزبور وذلك لان العقد لا وجه بعد حصول الارتباط فيه بين الايجاب
والقبول اما ان يجاز فيصح او لا فيبطل هو وايجابه ولا يجدي القبول المتجدد
وعلى كل فما ذكر يظهر لك الحال فيما في المسالك حيث قال يجب تقييد ما في
المتن بما اذا لم يضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختارا فانه ح يجب عليه
الحفظ باليد المتجددة وان لم يجب بالاكراه وهل يصير بذلك وديعة
ام امانة شرعية يحتمل الاول لان المالك كان قد اذن له واستنابه في الحفظ
غايته انه لم يتحقق معه الوديعة لعدم القبول الاختياري وقد حصل الان
والمقارنة بين الايجاب والقبول غير لازمة والغاء الشارع ما وقع سابقا
فلا يترتب عليه اثر ويشكل بان العائد بالدخول الفاسد لا بالنظر الى المالك و
يمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختيارا بنية الاستيداع وعدمه فيمضي
على الثاني دون الاول لعطاء لكل واحد حكمه الاصلي مضافا الى ما في
ذيل كلامه مما يظهر منه كون المفروض اولا بمجرد وضع يد جديدة بعد
زوال الاكراه ومن المعلوم عدم تحقق الوديعة بذلك لما علمت من اعتبار
القبول فيها وهو غير متحقق بذلك قطعا بل ومنه ايضا يعلم ما في الرياض الذي
قد تبع فيه المسالك بل ظاهره الحكم بالضمان باليد الجديدة حتى لو قلنا بكونه
وديعة قال فيه وكذا لو اكره على القبض لم يضمن الا مع تلف او وضع
يده عليه بعد ذلك مختارا فيضمن ح جدا للعموم الخبر المتقدم وهل
تصير بذلك ح وديعة لا يجب ردها الا مع طلب المالك او من يقوم مقامه
او امانة شرعية يجب ايصالها الى المستحق فورا او بدونه يضمن ح وجهان
ثم ذكر ما سمعته من المسالك ومن الاحتمال الى ان قال والاول لا يخ من وجه
وان كان الثاني اوجه اه وكانه مناف لما سمعته سابقا من عدم الضمان
حتى على تقدير كونه وديعة فلاحظ وتامل بل مما ذكرنا يظهر لك الحكم ايضا
فيما لو كان المودع والمستودع مكرهين وان وجب على المستودع ح الحفظ
باعتبار استيلاء اليد لا لكونها وديعة كما هو واضح بل قد يتوجه وجوب

الحفظ عليه من هذه الحيثية حتى في صورة اكراه المستودع او المودع خصوصا
مع كون المكره اجنبيا سيما مع كون وجوب حفظ مال الغير من المعاونة على البر
فتامل جيدا والله العالم واذا استودع وقبل ذلك وجب عليه الحفظ بلا خلاف
بل يمكن تحصيل الاجماع عليه مع ما في عدمه من الخيانة المحرمة كتابا وعقلا و
سنة واجماعا بقسميه كوجوب اداء الامانة وردها الى مالكها الذي لا ريب
في كون الحفظ مقدمة له ولا ينافي ذلك جواز الوديعة فان المراد ما دام
مستودعا او التخيير بينه وبين الرد الى المالك او الحفظ الى حصول الرد انما
الكلام فيما في المسالك من ان القبول الوديعة الذي يتفرع حكم الحفظ قد
يكون واجبا كما اذا كان المودع مضطرا الى الاستيداع فانه يجب على كل قادر
عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفاية ولو لم يوجد غيره واحد تعين عليه
الوجوب وفي هذين الفردين وجوب الحفظ واضح وقد يكون مستحبا مع قدرته
ووثوقه من نفسه بالامانة وكون المودع غير مضطر لما فيه من المعاونة على
البر الذي اقل مراتب الامر به الاستحباب وقضاء حوائج الاخوان وقد يكون
محرما كما اذا كان عاجزا عن الحفظ او غير واثق من نفسه بالامانة لما فيه من
التعرض للتفريط في مال الغير وهو محرم ومثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع
في نفسه او ماله او بعض المؤمنين ونحو ذلك وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ و
عدمه وفيه ان الحفظ الى ان يرده على المالك على كل حال واجب حتى في صورة الحرمة
التي تقتضي فساد عقد الوديعة باعتبار كونها الامر خارج مع انه قد ينافش
في اصل الوجوب فيما فرضه لاصالة براءة الذمة عن وجوب حفظ مال الغير
كما انه قد يناقش في الحرمة في صورة عدم الوثوق بنفسه ضرورة تحققه بعدم
الخيانة كما هو واضح والله العالم وكيف كان فلا يلزم اي المستودع دركها لو تلفت
من غير تعد فيها ولا تفريط او اخذت منه قهرا بلا خلاف اخذه فيه بل الاجماع
بقسميه عليه مضافا الى الاصل وقاعدة الائتمان المعلوم من الكتاب والسنة
والاجماع والعقل تدم استثنائها الضمان نعم لو كان هو الساعي في اخذها
فهو امانة توجد الضمان ح لصدق الخيانة والتفريط منه معه بل ربما

بيان عدم لزوم الرد

ظهر من ثاني المحققين الضمان بمجرد اخباره بها وان لم يكن على وجه السعاية به
ومن اخبر ذلك ايضا باخبار اللص وان لم يعين له مكانها الا اذا صادفها
اللص مصادفة خلافا للمحكي عن التذكرة فلم يضمنه مع عدم تعيين المكان
ما اذا عينه والتحقيق الحكم ببرائة ذمة الامين خصوصا لو ادعى الشك
في تحقق سبب الضمان ولو الشك في الاندراج تحت ما جعلوه عنوانا له من
التعدي والتفريط والتضييع ونحوها الا ان عموم على اليد ونحوه مخصوص
بقاعدة الائتمان وبذلك ح ظهر ان المعيار الذي ترجع اليه في جميع هذه
الافراد وهو المراد من التنبيه عليه لا خصوص الجزئيات التي لا انضباط
لتشخصاتها الحاصلة ونحوها ثم لا فرق في الاخذ قهرا بين ان يتولى اخذها
من يده وبين ان يأمره بدفعها اليه بنفسه فيدفعها له كرها لصدق
الاكراه وعدم التفريط فيهما ولا ضمان عليه فيهما وانما ضمان المال على الظالم
فليس للمالك ح مطالبته بوجه وفاقا للاشهر بل المشهور وخلافا للمحكي عن
ابي الصلاح والكافي والفاضل في التذكره ومحكي التحرير من جواز رجوع المالك
عليه مع مباشرته الدفع بنفسه الى من امره الظالم لانه باشر تسليم مال الغير
بيده فتشمله عموم على اليد وان كان قرار الضمان على الظالم الا انه كما ترى
مناف لاطلاق ما دل على عدم ضمانه مما عرفت بل ولقاعدة الاحسان و
غيرهما الى ان قد عرفت الحكم بها على قاعدة على اليد اللهم الا ان يقال انه لا اشكال
في رجوعه لو امره بمباشرة الاتلاف بنفسه ولو على جهة الانتفاع به لقاعدة
الاتلاف التي لم يثبت تخصيصها بقاعدة الائتمان نعم من جهة قوة السبب هنا
على المباشر كان قرار الضمان عليه لا اصل جواز الرجوع وما عساه يقال ايضا
بانه مناف لقاعدة عدم ضمان الامين بغير التعدي والتفريط وخصوصا
الوديعة قال زرارة في الصحيح سئلت ابا عبدالله عن وديعة الذهب والفضة
قال فقال كل ما كان من وديعة مضمونة لا تلزم بناء على ارادة غير المشروطة
ضمانها من قوله مضمونة او الاتم منها منه ومن التعدي والتفريط
يدفعه ان ذلك كله منزل على التلف في غير العوض وهو لا يخلو من قوة ومن

ذلك

ذلك يظهر ح قوة قول الفاضل بناء على ان تسليمها الى الظالم من اقسام الاتلاف
ايضا فتأمل وعلى كل حال فقد ظهر لك الوجه في عدم الضمان بالاخذ منه قهرا
نعم لو تمكن من الدفع اللائق به وجب بلا خلاف اجده فيه لانه مقدمة
للحفظ المأمور به على جهة الاطلاق وح لو لم يفعل ذلك مع قدرته عليه
ضمن لانه تفريط ح وكذا لو امكن الدفع ببعضها فلم يفعل لكن الظاهر ضمانه
ما زاد على ما يندفع به منها لا الجميع وان احتمل التفريط الا انه واضح الضعف
لان مقدار المدفوع واجب على التقديرين وما في الرياض من الفرق بينهما لكونه
بامر الشارع على الاول وبدونه على الثاني وهو فرق واضح وان هي الا تمام لو
فرعنا فيهما فتلف بغيره وفاقا فيهما نصيبها المشاع منها ذاهبة على التقديرين
فتأمل بدفعه اليها عند التأمل كالوديعتين التي اراد الظالم اخذهما وكان
يمكن دفعه باعطاء احدهما فلم يفعل فانه لا ريب في ضمانه الثانية لا فيهما
معا كما هو واضح ولو توقف الدفع على بذل شئ من ماله فلا اشكال في جوازه
بل في جامع المقاصد انه لا يبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشئ
يرجع به على المالك نحو مما مال اليه في الرياض لوجوب الحفظ فيجب ما لا يتم
الا به والضرر يندفع بنية الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من
استيذانه او من لبه فلتم لم اقف في النصوص ما يدل على وجوب الحفظ على
جهة الاطلاق وان صرح به في المسالك اللهم الا ان يكون اجماعا ولم يتحققه
والامر باداء الامانة يراد منه عدم الخيانة كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه
فيبقى ح بالنسبة الى المالك وليجب مشروط بالاصل ولو سلم فالمتجه وجوب بذل
ما لا يضر عادة من المال كغيره من تكاليفه المطلقة ولا يرجع به على المالك
لان دفعه ح مقدمة لامتثال تكليفه نحو غيره من الافعال التي يفعلها
مقدمة للحفظ ولا يرجع باجرة المثل في شئ منها نعم لو فرض الضرر الكثير
يجب عليه لسقوط باب المقدمة ح لقاعدة نفي الضرر مع امكان القول
ح بانه قادر بالدفع بنية الرجوع مع عدم التمكن من استيذان المالك
لكونه ولياح بالنسبة الى ذلك ومع التمكن من الحاكم يقوم مقام التمكن منه

بيان وجوب الدفع
لو تمكن منه

وجهان احوطهما الاول وكيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انه لا يجب تحمل
الضرر الكثير بالدفع كالجرح واخذ المال الجزيل الذي لا يرجع على المالك
وغيرهما مما يختلف باختلاف الاشخاص شرفا وضعة وغيرهما الا ان ما عساه
يظهر من المتن من كون مطلق اخذ المال وان قل ضررا كثيرا او اصح المنع والا
لسقط في غير هذه المقدمة وهو معلوم العدم نعم قد عرفت سابقا امكان
القول بانه لم يثبت وجوب الحفظ على الاطلاق بحيث يشمل بذل المال والامر
باداء الامانة الذي هو بمعنى عدم خيانتها لا يقتضي ذلك اللهم الا ان
يكون مستنده الاجماع الذي قد عرفته سابقا لكن يتجه ح تقييد المال
بكونه مضرا بالحال بل لو قلنا بانه فاع ضرره بالرجوع على المالك وجب
دفع الكثير هذا وفي المسالك ثم ان كان المتمم الذي لا يندفع عنها بدونه يتقدر
لم يجب بذله قطعا لانتفاء الفائدة لكن لو بذله بنية الرجوع به هل يرجع
بجملته لان الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذلها قدرها كبذلها وعدمه
لان القدر المأذون فيه شرعا ما يترتب عليه مصلحة المالك وهو هنا
منتف فلا يكون شرعيا وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميع ما ذكر وبجزء
منه ليقصر عليها وترتب الفائدة اذ الفرض عدم امكان ما قصر عنه و
يبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلا ولا يرجع بشيء
اصلا مما يساويها فان غير المأذون في المساوي انما هو القدر الذي
تنتفي الفائدة معه لا جميع المبذول ولم اقف في هذا الحكم على شيء فينبغي
تحريره قلت قد يقال ان الوديعة ان كانت عينا كفرس وكتاب ونحوهما
مما يتعلق غرض المودع بها عينها فلا ريب في ان المتجه جواز الرجوع وان
بذل تمام القيمة اما اذا لم تكن كذلك فلعل المدار على عدم المفسدة على
المودع لا اعتبار المصلحة فيرجع ح على التقديرين بتمام ما بذله وان كان
مستوعبا ولو توقف حفظها على الكذب جاز بل وجب والا كان ضامنا
نعم لو تمكن من التورية المخرجة عن الكذب عند المخاطب وجب ايضا لتمكنه
من امتثال التكليفين والاولى بما يخرج به عنه في نفسه بان يقصد نفي

الوديعة

الوديعة مثلا ههنا وفي مكان كذا بل لو انكرها وطولب باليمين ظلما جاز الحلف
ولو بالبراءة او يمين الصادق بل وجب فان لم يفعل ضمن ولكن يحلف موريا بما يخرجه
عن الكذب على الوجه الذي عرفته مع الامكان لعدم حرمتها ح فلا اشكال
فيه من اصله ضرورة اقتضاء باب المقدمة وجوبه الا انه في هذا المقام محرم
جاز للمقدمة وكان ذلك هو الوجه في اقتصارهم على الكذب دون غيره من
المحرمات والا فمن المعلوم سقوط مقدمة كل واجب مع فرض توقفها على المحرم
وخصوصا اذا كان محرما اصليا والمعارض له واجب مقدمي كما هو واضح
ومن هنا لم يذكروا اباحة غيره من المحرمات مع توقف حفظ الوديعة عليها
من غير فرق بين كونها متعلقة بالخالق او المخلوق وكيف كان فلا خلاف
ولا اشكال في انها اي الوديعة عقد جائز من طرفيه بل الاجماع بقسميه
عليه وهو الحجة في تخصيص الاية وغيرها من ادلة اللزوم وح تبطل بموت كل
واحد منهما وجنونه او اغمائه ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه او ولاية
عنه كما هو الشأن في نحوه من العقود الجائزة للاجماع او لانه بالموت ينتقل
المال عن المودع كما انه لا عقد مع وارث المودع فلا يجوز بقاؤه على حكم الوديعة
وبالجنون مثلا ونحوه تنتقل ولاية تصرفاته الى غيره ولا عقد مع غير المودع
فلعله لذلك كانت الاهلية معتبرة فيهما في الابتداء والاستدامة وعلى كل حال
مع البطلان تكون العين ح في يد الودعي او في يد من وضع يده عليها حسبة
امانة شرعية لعدم اذن المالك الصوري وحصول الاذن من المالك
الحقيقي في الاستيلاء عليها لاجل حسبة وح يلحقها حكم غيرها من الامانات
الشرعية من وجوب ردها الى مالكها او ولي امرها او اعلامه على القولين
فورا على وجه لا لعذر شرعي ضمن ولم يبق لها شيء من احكام الوديعة حتى
قبول قول صاحبها في ردها فانه لا يقبل لما عرفت من انفساخ عقد
الوديعة نعم لو كان تاخيرها مثلا في صورة موت المودع لعدم العلم
باختصاص الوارث المعلوم كونه وارثا او للشك في كونه وارثا ولم يكن
حاكم يرجع اليه ففي المسالك الاقوى عدم الضمان لاصالة عدمه واصالة

بيان جواز عقد الود[يعة]

بيان وجوب حفظها

عدم استحقاقه جميع المال والعلم بكونه مستحقاً في الجملة لا يقتضي انحصار
الحق فيه واصالة عدم وارث آخر معارض بالاصل المزبور فيبقى الحكم في
الفاحص ووجوب البحث عن المستحق كنظائره من الحقوق ومثله يأتي فيما لو
اقرّ بالمورث زيد فانه لا يؤمر بتسليم جميع المقرّ به اليه الا بعد البحث حتى
لو ادعى انحصار حق الارث في الوجود مع الجهل ففي جواز مطالبته تمكينه من دفعه اليه
وجهان من اعترافه بانحصار الحق فيه فيلزم بالدفع اليه ومن انه اقرار في
حق الغير حيث يمكن مشاركة غيره له فيه الى ان قال ولو اخّر تسليم الوديعة
الى الوارث ليبحث عن وصية الميت او اقراره بدين ونحوه فالاقوى الضمان
لاصالة عدمه بخلاف الوارث لكنه كما ترى خصوصاً ما ذكره في الاقرار
الذي لا ريب في حجيته على المقرّ الذي هو مخاطب بايصال المال والبحث
فيه انما هو في سابقه مع عدم حصول العلم به لا يجعل الاصل حجة ولا منافاة بعد
تقتضي تعطيل المال عن مستحقه نعم له التروّي والبحث دفعاً للضرر الغرامة
عن نفسه لا للمعارضة اما اصالة عدم وارث آخر باصالة عدم استحقاقه
الجميع ضرورة ورودها عليه وانقطاعها به على انه لم يتضح لنا الفرق بين
احتمال الوارث واحتمال الوصية الذي ذكره اخيراً اما المدار في المدرك ح
ما عرفت ولا عبرة بالاحتمالات الخارجة عن مذاق العقلاء كما هو واضح
ويحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها به كالثوب في الصندوق و
والدابة في الاصطبل والشاة في المراح او ما يجري مجرى ذلك في الحرز للتسالم في
العادة كما هو الضابط في كل ما لا حدّ له في الشرع الذي منه ما نحن فيه
ضرورة كون الوديعة استنابة في الحفظ وليس له في الشرع حد مخصوص
فلا مناص عن الرجوع فيه الى العادة في حفظ مثل هذه الوديعة على وجه
لا يعدّ الوديع مضيعاً ومفرطاً وخائناً ومهملاً ونحو ذلك ولا فرق
فيما ذكرنا بين علم المودع بوجود حرز مثلها عند الوديع او لا فان العلم
بالعدم لا يقتضي الاذن له في الوضع بغير حرزها بل عليه تحصيل
الحرز لها مقدمة للحفظ الواجب عليه نعم الظاهر اختلافه باختلاف

الازمنة

بيان القيام بمؤنة ما يحتاج اليه

الازمنة والامكنة كاستيداع الدابة في البادية عند اهلها ونحو ذلك كما ان من
المعلوم ارادة الحفظ لها في الاماكن المخصوصة اذا فرض كونها حرزاً لها في العادة
فلا يكون الصندوق المشترك بينه وبين غيره بل هو لا يكفي اذا كان في بيت
كذلك مع فرض عدم كونه حرزاً في نفسه بقفل ونحوه لمثلها ويلزمه سقي
الدابة وكل حيوان محترم خصوصاً الآدمي وعلفها بلا خلاف ولا اشكال بل
يمكن تحصيل الاجماع عليه بعد فرض ذلك عليها على حسب العادة لانه من
مقدمات الحفظ المأمور به امره المالك بذلك او لم يأمره كغيره من المقدمات
المتعلقة بالوديعة من حيث كونها وديعة فلو نصّ على شيء من ذلك
ضمن للتفريط بل هو كذلك وان عاد الى القيام به كما تسمعه فيما يأتي واما وجوب
بذل عين النفقة من ماله المحتاج الى القيمة والعلف كذلك فظاهر الاصحاب
المفروغية من وجوب بذلهما كما في المسالك وغيرها بل حكى بعضهم الاجماع
عليه تارة ونفي الخلاف عنه اخرى ولعله كذلك لكن على هذا الترتيب وهو
التوصل الى ذلك باستيذان المالك او وكيله فيه فان تعذر رفع
امره الى الحاكم ليأمره به ان شاء او يستدين عليه او يبيع بعضه للنفقة
او ينصب امينا عليه فان تعذر الحاكم انفق هو واشهد عليه نية ويرجع مع
ولو تعذر الاشهاد اقتصر على نيته نية الرجوع والقول قوله في مقدار
النفقة كما ان القول قول المالك في مقدار زمانها والكلام في اعتبار
الاشهاد وفي وجوب الرجوع وعدمه تقدم في باب المزارعة هذا وفي الملك
نعم حكم الحيوان الشجر الذي يفتقر الى السقي ونحوه من الخدمة وفي حكم النفقة
على الحيوان ما يفتقر اليه من الدواء لمرضه فظاهره بل صريحه كغيره
الوجوب من حيث الوديعة فيضمن ح مع التقصير فيه الا انه ان
لم يكن اجماعاً امكن المناقشة فيه بعدم اقتضاء اطلاق الاذن وحده
الحفظ بنحو ذلك وكونه حيواناً محترماً لا يسوغ اتلافه بغير الوجه
المأذون فيه لا يقتضي ترتب الضمان المتوقف على التعدي والتفريط

في الوديعة من حيث كونها وديعة بمعنى التقصير فيما اقتضاه اطلاق
عقدها لا التقصير في الحكم الشرعي الثابت عليه وان سلم بلى وتبعا على الله
لابتم فيما سمعته من المسائل من الحاق الشجر الذي هو ليس بذي نفس محترمة
ولو قلنا بوجوب حفظ كل مال في نفسه على المالك وغيره الا ان ذلك لا يقتضي
الضمان مع التقصير فيه عن ورده عدم كون الحفظ من جهة من مقتضى اطلاق
عقدها اللهم الا ان يعد التقصير فيه باعتبار كون المال في يده خيانة
وانه هو المتلف للمال لكنه كما ترى وعلى كل حال فيجوز ان يسقيها بنفسه
بيان تحكيم العادة في السقي بنفسه وغلامه
وبغلامه اتباعا للعادة القائمة مقام اذن المالك فيه مع صدق التعدي
والتفريط وليس هو من الا بداع للوديعة غيره عرفا كما هو واضح لكن قد يقال
ان مقتضى العادة جواز تولي الغلام سواء كان المستودع حاضرا عنده
ام غائبا وسواء كان الغلام امينا ام لا وليس كل ذلك جائزا قطعا بل انما
يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده فيطلع على قيامه
بما يجب او مع كونه امينا والا لم يجز ولا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في
المنزل وخارجه فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن امينا فلا بد من
مصاحبته في الطريق وانما تظهر الفائدة في نفي مباشرة الغلام لذلك و
لا فرق في ذلك كله بين الغلام وغيره ممن يستنيبه المستودع وعبارة المتن
لا تنافي ما قيدنا لانه لم يجوز الا تولي السقي وهو اعم من كونها مع ذلك
في يد المستودع وعدمه والعام لا يدل على الخاص فيمكن تخصيصه
اذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود مما اطبقوا عليه من عدم جواز
ايداع الودعي مع الامكان وهذا في معناه وربما قيل بان ذلك فيمن
يمكن مباشرته لذلك الفعل عادة اما ما لا يكون كذلك فيجوز له التولية كيف
كان وهو ضعيف ضرورة ان ذلك لا يقتضي ايداعا بل هو قيام بالعمل
الذي يراد من الودعي الذي لا يجب عليه مباشرته فيما دلت القرائن
على مباشرة غيره له لرفعة شأنه او عجزه او نحو ذلك وخصوصا فيما
قضت به العادة فيما هو ليس بتعد ولا تفريط ومنه يعلم ما في قول

المصابيح ولا يجوز اخراجها من منزله لذلك الا مع الضرورة كعدم التمكن من
سقيها او علفها في منزله او شبه ذلك من الاعذار ضرورة عدم
الفرق بين ذلك وبين ما تقدم مع فرض قضاء العادة به ولم يكن ثم ما يقتضي
التفريط بها ومن الغريب انه في المسالك وافق هنا على ذلك مع انه قد سمعت
منه ما مضى فانه بعد ان ذكر هنا عدم الفرق في المنع من اخراجها لذلك
بين كون الطريق امنا وعدمه مع دلالة الفعل بتصرف فيها وهو غير جائز مع
امكان تركه وعدم الفرق بين كون العادة مطردة بالاخراج لذلك وعدمه
لما ذكر في تقدمه ايضا بين كونه متوليا لذلك بنفسه وغلامه مع صحبته
له وعدمه لاتحاد العلة في الجميع قال واستقرب في التذكرة عدم الضمان لو
اخرجها مع امن الطريق وان امكن سقيها في موضعها محتجا باطراد العادة
بذلك وهو حسن مع اطرادها بذلك لا مطلقا ثم لا يخفى عليك ما في اطلاق
الجواز للضرورة وان كان الطريق مخوفا الذي وجهه كون ذلك من
ضرورات الحيوان فالضرر اللاحق بتركه اقوى من خطر الطريق فانه
قد يشكل في بعض الصور بما اذا كان التأخير الى وقت آخر اقل ضررا او خطرا
من اخراجها حين الحاجة ونحو ذلك فينبغي مع اشتراكهما في الضرر مراعاة
اقل الضررين اللهم الا ان يقال بعدم ارادة هذه الصورة من اطلاق
المزبور ولا مرسها بعد ظهور الحال لك في اصل المسألة وهو ان المدار في حفظها
في حرزها على المعتاد الذي لا يعد عرفا مع مراعاته مفرطا او متعديا بل
قد سمعت قيام العادة مقام الاذن من المالك في ذلك والله العالم ولو قال المالك
لا تعلفها ولا تسقها لم يجز القبول لكونه ذا كبد حرى او نفس محترمة وواجب
النفقة على المالك بل يجب سقيها وعلفها مراعاة لحق الله تعالى شأنه وان
اسقط الادمي حقه بل مع امتناع المالك ورفع الامر الى الحاكم وامره بالنفقة
من ماله يتجه الرجوع عليه وكذا لو كان بامر عدول المؤمنين او به مع الاشهاد
او بدونه مع نية الرجوع على حسب ما تقدم سابقا ثم لو اخل بذلك والحال
بيان بعض لوازمها
هذه اثم ولم يضمن لان المالك اسقط الضمان بنهيه كالواتر بالقاء

مالصق والحجر خلافا للبعض فاجرى حكم الوديعة مع النهي فضلا عن غيره حتى
في غير الحيوان الا انه كما ترى للاصل بعد انصراف دليل الضمان الى غيره وخصوصا
بما لو كانت الوديعة غير حيوان كثياب وبناء ونحوهما بل في المسالك الاقوى عدم
وجوب حفظه فضلا عن عدم الضمان لان حفظ المال انما يجب على مالكه لا على
غيره وانما وجب الانفاق في الحيوان لكونه ذا روح ويأثم بالتقصير في حقه فيجب
دفع الله نعم يبقى اشكال في اصل صحة الوديعة على هذا الوجه المقتضي سفاهة
المالك فيصير المال ح في يده امانة شرعية يجب ردها الى المالك لو ولية اللهم
الا ان يعرض في وجه لا سفه فيه او يقال ان السفه لا يؤثر فسادا بدون حجر
الحاكم نعم قد يقال ان الاشكال في صحة الوديعة المأذون فيها بالتفريط مطلقا وفي
شيء خاص كما انه قد يقال بوجوب حفظها في يده المال عليه وان اذن المالك
بالاتلاف كما قد اشرنا اليه سابقا والله العالم ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر

بيان الاقتصار على موضع الاحتفاظ لو عين له

عليه لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه ح فلو نقلها عنه ضمن
لانه عاد الا اذا كان النقل الى الاحرز بل او مثله على قول قوي اذا فهم
ارادة المثال مما عينه ولو بقرينة ظهور كون الغرض له الاحتفاظ كتعيين
الزرع والركب ونحوها في المزارعة والاجارة اما اذا لم يفهم ذلك فالاقوى
الضمان حتى في النقل الى الاحرز فضلا عن المساوي سواء فهم ارادة الخصوصية
منه او اطلق ولم يكن قرينة على الارادة المزبورة لتحقق المخالفة ح اللهم الا
ان يقال ان الايداع كان يقتضي التخيير في افراد الحرز وتعيين موضع الاحتفاظ انما
يقتضي عدم الاذن في الادون اما غيره فيبقى على مقتضى الاطلاق الذي لم يتقيد
بالتعيين المذكور بعد فرض عدم ظهوره في ارادة التقييد نعم لو فرض
حصول الايداع قد كان بتعيين موضع الاحتفاظ اتجه ح الاقتصار عليه
ما لم يظهر ارادة المثال ودعوى حصول مفهوم الموافقة في الاحرز واضحة
المنع مع انه قد يمنع ذلك ايضا بدعوى ظهور القصد بتعيين موضع
الاحتفاظ كما في غيره من افراد المطلق والمقيد ولعله لذا جزم في المسالك
بعد جواز التخطي في الفرض حتى الى الاحرز بل حكاه جماعة منهم الشهيد في

في حواشيه على القواعد بل احتمل في النسبة الى القول الثاني والقواعد المشعرة
بالتوقف وان القول الآخر خلافه لرجوعهما اليهما معا الاخصوص لا خبر بأي
المفتاح نسبته الى ظاهر النهاية والتبصرة وموضع من السرائر والغنية و
صريح النافع والكركي والاردبيلي وبعض التحرير وايضاح النافع وبذلك يظهر
لك ما في دعوى الاجماع على الجواز في الاحرز وان الخلاف انما هو في المساوي دون
الاحرز وعلى كل فلا ريب في انه متجه بناء على ان ذلك من موضوع الاطلاق و
التقييد كما يشهد له قول المص فلا يجوز نقلها الى ما دونه وما ذاك الا لفهم
التقييد من التعيين المزبور ولا ريب في عدم الفرق ح بين ما دونه وما فوقه
مع فرض عدم قرينة تدل على ذلك كما انه لا اشكال في ظهور ذلك حال كونه
حرزا لمثلها اما مع فرض عروض الخوف عليها فيه فلا تعيين للاطلاق في
جواز نقلها الى غيره وان كان ادون مع فرض كونه حرزا بل مقتضى اطلاق العبارة
وغيرها جواز النقل اليه وان تمكن من المساوي والاحرز ولعل وجهه ح بقاء
الاطلاق على حاله في الفرض وهو يقتضي التخيير المزبور خلافا للثاني الشهيدين
فاوجب المساوي فما فوق مع التمكن والا فالادنى مع ان يجوز مذهبه عدم
ظهور المثال في التعيين المزبور وكيف كان فالمتجه عدم الضمان حيث يكون
له النقل سواء تلف بانهدامه او بغيره لما عرفت من ان معنى الجواز حصول
الاذن من المودع وهو يقتضي عدم الضمان فما عن بعض من الحكم بالضمان جواز
النقل الى الاحرز والمساوي دون آخر من الفرق بين التلف بالنقل كالانهدام فلا
وغيره فيضمن في الاول دون الثاني لا يخلو من نظر ولعل وجه الاول ان جواز
النقل اليهما انما هو من الخوف النقد برية التي يجوز ابتغاء الاقدام ولكن لا يرتفع
الضمان الحاصل من المخالفة والثاني بان انتفاء الضمان معه وان جاز
النقل اليه مراعى بعدم ظهور الخطأ في كونه مساويا او احرز فمع فرض ظهور
عدمه بالانهدام لتحقق الضمان اما التلف بغيره فلم يتبين له ظهور
الخطأ الا ان الجمع كما ترى وعلى كل حال فقد بان لك مما ذكرنا انه لو قال
لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان الى مساو او احرز لتحقق التعدي

عدم جواز النقل الى الادون لو عين غيره

ولو كان حرزا الا مع الخوف مع ابقائها فيه بل في المسالك الاجماع على عدم جواز نقلها الى ما دونه صح

فيهاح بالمخالفة لنهيه المقتضي عدم جواز ذلك له اجماعاً الا ان يجاف تلفها
فيه فيجوز نقلها ح الى ما يناسبه حسبة الى المساوي والاحرز والادون كما في
المسالك او الى حرز مثلها مط كما هو الاقوى على ما عرفته سابقاً في نظيره وعلى
كل حال يجوز ذلك له ولو كان قد قال لا تنقلها عن هذا المكان وان تلفت فيه لعدم
ثبوت هذه السلطنة له من السلطان المحقيقي بل حرم عليه اضاعة المال و
اتلافه في غير وجهه ومن ذلك النهي عن التبذير وعن تمكين السفهاء من
الاموال التي جعلها لنا قواماً ولكن لا يخفى عليك عدم ابقائها ح في يده وديعة
بل هي امانة شرعية لعدم الاستنابة من المالك في ذلك فيضمنها ح بعدم الرد الى
المالك او وليه فوراً او الاعلام كما انه لا يخفى عدم وجوب ذلك عليه وانما هو
جائز له كما في المسالك من وجوب النقل لان الحفظ واجب عليه ولا يتم الا بالنقل
والنهي عن اضاعة المال فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك وان صرح بقوله وان
تلفت لكن هنا لو ترك نقلها اثم ولا ضمان لاسقاط المالك له عنه كما مر
لا يخفى ما فيه بناء على انه بناه على بقاء حكم الوديعة ولذا وجب الحفظ ضرورة
اصالة برائة الذمة منه مع قطع النظر عنها اذ هو ان سلم فعلى المالك لا
لا غيره ضرورة عدم الاذن من المالك في ذلك بل الفرض نهيه وربما قيل
ان تجشم دعوى كون المراد للمالك بالنهي المزبور الاستظهار في حفظه بزعم
كون المكان المزبور احرز الا انه بان خطاؤه ابعد مما في حفظه الذي هو
في الحقيقة مقيد ببقاء ذلك المكان حرزاً له وفيه ان المتجه على هذا التقدير
ضمانها بعدم النقل مع الخوف المتقرب كما عن الشيخ ره مع انك قد عرفت
تصريحه بعدمه وان اثم نعم قد يقال ان عدم ضمانه بذلك للاصل المقتصر
في خلافه على التفريط الذي يلم بأمر المالك بدو اما الاثم بعدم النقل فباعتبار
وجوب حفظها ما في يده من مال غيره عليه وحرمة اضاعته عليه
وان قلنا بعدم وجوب حفظ مال الغير الذي لم يكن في يده عليه و
هذا الوجوب والحرمة لا يستعقب ضماناً وانما هي حرمة شرعية نحو
الحرمة على المالك هذا كله بناء على سقوط حرمة نهي المالك في الفرض و

وبما

١٧٢

وربما يناقش فيها بعموم تسلط الناس على اموالهم وليس هو من السفه والتبذير مع
نحو احتمال غرض معتد به في ذلك وقد نهيه وخصوصاً مع حضوره في البلد و
امكان مراجعته[٢] او مراجعة الحاكم او عدول المؤمنين وبعد التسليم ففي تصديقه بحصوله ما   ٢ مراجعته
يقتضي جواز مخالفة النهي او وجوبه وجهان لا يخلو ثانيهما من قوة لعموم البينة
على المدعي بعد الشك ان لم يكن الظن في انه راجعه تحت الامين المصدق في ذلك فلا
يبعد ح الحكم بضمانه حتى تقوم البينة على حصوله بل قد يحتمل الضمان مع قيامها
ايضا كما في كل مقبوض بلا اذن من المالك فضلا عن النهي وان كان خلاف المحكي بين من
تعرض له لعموم على اليد والحسبة والاحسان بجواز الاقدام ولا يرفعان الضمان
الحاصل من خطاب الوضع ونفي السبيل على المحسن انما هو بالنسبة الى ما فعله من الاحسان
فليس له الاعتراض عليه في ذلك وعلاه عليه بنفي ما عن التذكرة من انه لو نقلها الى غير
المعين ونقص النقل اليه على اجرة لا يرجع بها لانه متبرع بها واستحسنه في المسالك
لكنه احتمل ايضا مع ذلك الرجوع مع نية للاذن الشرعي له في ذلك فيقدم على
اذن المالك ولان فيه جمعاً بين الحقين مع مراعاة حق الله تعالى في امتثال امره
بحفظ المال ولعله لا يخلو من وجه لو كان باذن الحاكم او عدول المؤمنين والله
العالم ولا تصح وديعة الطفل ولا المجنون لاعتبار الكمال شرط في عقدها كغيرها من
العقود بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه من غير فرق بين ما لو كان غيرهما ودفع
الاذن منهما او عدمها لا بل لا يصح حتى لو علم الاذن لهما القصور عبارتهما عن
مباشرة العقد كما هو واضح نعم لو علم الاذن اكتفى في الوديعة ح بفعل المرسل
لهما في ايجابها بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فيها لعدم اعتبار مقارنة القبول
فيها للايجاب والاتفاق ح على الوديعة عنهما عن غيرهما باطل ولا يجوز
وضع اليد عليها عليها بل يضمن القابض بذلك منهما لعموم على اليد ما اخذت
وغيره ولا يبرأ برده اليهما لكونهما محجوراً عليهما بل الى وليهما الخاص او العام مع تعذره
بل مقتضى اطلاق العبارة وغيرها ذلك وان كان قد فعل ذلك حسبة للخوف
من التلف ونحوه وهو مؤيد لما ذكرناه سابقاً من ان الاحسان لا يرفع الضمان
لكن في المسالك وغيره من الاقوى انه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بيده

بيان عدم صحة وديعة الطفل والمجنون

المسبة في الحفظ لم يضمن لانه محسن وما على المحسنين من سبيل لكن يجب عليه
مراجعة الولي في ذلك فان تعذر قبضها وترتب الحكم وفيه ما عرفت هذا
كله في الوديعة منهما واما المستودع فاحتمل في البطلان بل لم يضمنا بالاهمال
وغاية التحريم ان المودع لهما في الحقيقة هو المتلف لماله بايداعه مثلهما الذي لم
يجب عليهما الحفظ واداء الامانة فسببه في الاتلاف اقوى من تفريطهما فيه
ولا دليل على ضمانهما بذلك بعد ظهور قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدى
في المكلف د ونهما نعم لو اتلفا المال مباشرة باكل ونحوه او تسبيبا باحراق
ونحوه اتجه ضمانهما كما في المسالك وغيرها قال لعموم من اتلف الشامل
للمكلف وغيره فيؤدى ح من مالهما ان كان والا تخلصا منه بعد التكليف
وفيه اولا ايضا ان السبب اقوى من المباشر الذي هو كالحيوان بالجنون
وعدم التمييز والبلوغ ولذا حكى عن بعضهم عدم الضمان مط وثانيا
ان قوله على اليد ايضا من خطاب الوضع الشامل للمكلف وغيره من حيث
تسبيب الضمان وان وجب الاداء بعد البلوغ ولفظ على انما يراد منها
الاثبات في الذمة لا تقييد موضوع ذلك بما اذا كان مكلفا نعم ربما
فرق بين المميز وغيره فحكم بضمان الاول دون الثاني الملحق به المجنون
لعدم قصد غيره الى الاتلاف فكان كالدابة لكن نظر فيه في المسالك
بان المقتضي وهو الاتلاف موجود والمانع غير صالح للمانعية اما القصد
فلا مدخل له في الضمان وعدمه كما يعلم من نظائره واما تسليط
المالك فانما وقع على الحفظ لا على الاتلاف غاية ما في الباب انه عرض
ماله له بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ وهو غير كاف في سقوط الضمان
عنهما لو باشراه بخلاف ما لو تركا الحفظ والا قوى الضمان مط قلت بل
لا يخفى ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه والتحقيق ان يقال ان اليد بغير اذن
شرعية من اسباب الضمان قطعا من غير فرق بين المكلف وغيره فلو
اودع صبيا او مجنونا او مجنون صبيا او مجنونا فتلف في يدهما كانا صبي م
ضامنين لذلك والفرق بينهما وبين الدابة ان لهما ذمة وملكا ونحوهما

بخلافهما واي فرق في اسباب الوضع بين ذلك وبين الجناية والحدث ونحوهما نعم
في التفريط وقد يتوقف في ضمانهما بالاهمال لا لعدم ضمانهما باليد بل من حيث حصول
التلف للمال بسبب احدهما من المالك وهو اقوى من الواقع من احدهما خصوصا
مع عدم التمييز فيقوم ذلك مقام الاتلاف منه في ايديهما بخلاف ما لو باشرا
التلف فانه لا اشكال في قوة ما وقع منهما في ايجاد التلف في الخارج تماما ووقع منه
الذي هو ابدا عهما لا تسليطهما على الغير ولعل الى ذلك او ما المص في تعليله وح
فالميزان ذلك وهو الحكم بضمانهما باليد الا ان يحصل من المالك مباشرة تلف
او تسبيب اقوى من تفريطهما ولعله يختلف باختلاف التمييز ونحوه مما له مدخلية
في حالة التلف وايجاده لا ما ذكره ثاني الشهيدين من عدم ضمانهما باليد
لعدم الدليل الذي قد عرفت امكان دعوى القطع بفساده خصوصا فيما
باخذ انه بانفسهما من دون علم من المالك بسرقة ونحوها كما لا يخفى على من له
ادنى خبرة بفقه اهل البيت ع والله الموفق والعالم واما العبد اذا استودع
فاتلف فالاقرب انه يتبع به بعد العتق وان كان الاستيداع باذن مولاه
اذ هي لا تقتضي التزام المولى بذلك حتى في كسب العبد للاصل وغيره وان
كان بالاهمال مع فرض عدم كون القبول باذن المولى فعن بعضهم لا شيء
للمالك لعدم جواز قبوله لها وعدم وجوب الحفظ عليه فالتضييع للمال من
المالك وفيه ما عرفت من اقتضاء اليد الضمان فيتجه ح اتباعه به بعد العتق
كما عن التذكرة والتحرير التصريح به كما لو كان القبول باذن المولى فالرجوع
بوجه على المولى حتى بالنسبة الى كسب العبد اذ هو اولى من صورة الاتلاف
التي قد عرفت ان الحكم فيها ذلك نعم لو كان تفريط العبد من المولى او منعه
من الحفظ فالضمان عليه كما عن بعضهم التصريح به والله العالم واذا ظهر للمودع
امارة الموت وجب الاشهاد بها كما صرح به غير واحد بل لا اجد فيه
خلافا بينهم نعم في القواعد ابدال ذلك بالوصية بها ولعله يريد بذلك
ضرورة اختصار وجه وجوب ذلك في لزوم الحفظ وحرمة التفريط
بها وبترك ذلك يقتضي ذلك فان الوارث بدونه يستحق بارثه جميع

بيان وجوب

ماكان بيده عليه وكذا الديات والوصية لجامع عدم الاشهاد لا يرفع
ذلك فلا محيص عنه ح من ارادة معنى الاشهاد عليها من الوصية بها
كالعكس بل هما بمعنى عند التامل بعد معلومية انتفاء المعنى المعلوم من الوصية
الراجعة الى الثلث ونحوه نعم قد يتجه القول بوجوب ما يرفع ذلك ونحوه عنها
من غير تخصيص بالاشهاد ونحوه نعم هو قد يجب في الجملة وذلك حيث يتوقف
دفع ذلك عليه والا كان مخيرا بينه وبين غيره ومن ذلك يعرف ما في
بعض كتب الاصحاب خصوصا ما في المسالك وعلى كل حال فمتى اخل بما وجب
عليه مما يتوقف عليه الحفظ ضمن لكن في التذكرة والمسالك يستقر الضمان
الى ان يموت فيعلم التفريط في اول زمان ظهر فيه امارة الموت سواء
كان ذلك في ابتداء المرض ام في اثنائه وفيه انه يقتضي سقوط الضمان
بالاشهاد في آخر الازمنة وان فرط في اولها وهو مناف لما سمعته انفا
من ضمان المفرط بتفريطه وان عاد بعد ذلك الى ما يرد فيه من الحفظ
ودعوى عدم تحقق التفريط الا بترك الاشهاد في جميع الزمان الى حصول
الموت يقتضي عدم الضمان ح في اول الازمنة بل بالاخير منها الذي
تحقق به التفريط وهو خلاف ما ذكره فالمتجه ح تحقق الضمان باول
ازمنة التفريط وان اشهد بعد ذلك هذا كله بناء على جواز ابقائها
وديعة عنده مع ظن الوفاة والا فقد يقوى وجوب الرد على المالك
مع الامكان والا فالحاكم والا فعدول المؤمنين ح مع فرض التعذر
يشهد عليها ح ويوصي بردها وذلك لاطلاق وجوب رد الامانة
الى اهلها والخطابات المطلقة تتضيق بظن الوفاة لعدم الوثوق ح
بزمان امتثالها غيره والتضيق بالمطالبة لا ينافي التضييق بذلك ودعوى
اشتراط اصل الوجوب بالمطالبة يدفعها اطلاق ادلة التادية
والرد ونحوها مؤيدا بمعلومية انفساخ امانته بموته وصيرورة
المال في يد غيره ولن لم ياذن المالك الا بوضعه في يده ومباشرة
حفظه بنفسه والاشهاد والوصية لا ترفع ذلك بل قد يؤيده

بيان الحكم ما لو تعذر الاشهاد

ايضا

ايضا ايجاب الرد عند السفر ولا ريب في اولوية المقام منه ولعله لذا حكي عن كثير
واكثر الشافعية ذلك او ما يقرب منه لكن قيل انه رجع عنه بعد ذلك
الى الاكتفاء بالوصية وظني انه ليس رجوعا بل كان ذلك منه لبيان الاكتفاء
في الجملة ولو في بعض الاحوال ومنه يعلم عدم منافاة ما ذكرنا لاطلاق
الاصحاب وجوب الاشهاد المحمول على ارادة بيان القضية المهملة المقطع
بعدم ارادة تعيين ذلك على كل حال فانك قد عرفت عدم انحصار
الطريق فيه وعدم الدليل على وجوبه تعبدا كما هو واضح بادني تامل ومنه
يعلم ما في المسالك وغيرهما من كتب الاصحاب بل لعل ما فيها لا يخلو من تناف
فلاحظ وتامل ولو لم تظهر له امارة الموت بل مات فجاءة مثلا لم يكن
عليه ضمان قطعا لعدم التفريط حينئذ فالمحكي عن ايضاح الفخر من الحكم
به ايضا لان الوصية والاشهاد سبب في منع الوارث من جحودها من وجوه
اذا انها ظاهرا ان نعلم بها وفي نفس الامر انه لم يعلم وذلك كله سبب للحفظ
فتركه ترك سبب الحفظ ولا معنى للتفريط الا ذلك وفيه منع كونه مع ذلك
سببا عقلا او شرعا او عرفا والا لوجب الاشهاد على الوديعة من اول
قبضها كي لا يكون مفرطا ضامنا وهو معلوم البطلان والاحتمال اذا
لم يكن جاريا مجرى العقلاء ولا يلتفت اليه كما هو واضح بادني تامل
نعم حيث يخشى عليها التلف على وجه جار مجرى العقلاء كما اذا ظهرت
امارة الموت اتجه ح وجوب الاشهاد والايصاء الذي يكون به حفظ
الوديعة من غير فرق بين الوارث والاجنبي ولا عبرة بغيره كالايصاء
الى فاسق او بلا اشهاد او نحو ذلك كما لا عبرة بالايصاء بها بلا تعيين لها
ولا لمكانها كقوله عندي وديعة لفلان او ذكر الجنس واجمل الوصف
كالوقال عندي ثوب لفلان ضرورة عدم حفظها بشيء من ذلك فيتجه
ح ضمانه لها مع فرض معلومية عنده الى الموت وان كيفية اشهاده
بها كانت كذلك اذ هو ح كما لو لم يشهد من غير فرق مع ذكره الجنس بين
ان لا يوجد في تركته ذلك او يوجد متعددا او متحدا لحصول التقصير

بترك البيان على كل حال والوجود في التركة لا يقتضي كونه الوديعة
واصالة بقائها لا يقتضي كونها المشخصة كي يكون شريكا مع التعدد و
مختصا به مع الاتحاد وبذلك يظهر لك ما في المسالك من انه على تقدير
التعدد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لا يتميز فيكون تفريطا يوجب
الضمان فالدنيا لا يكون الموصى له شريكا في الثياب الموجودة ولاصالة
عدم استحقاقه شيئا في تركة الودعي وان كان ضامنا لحقه فيرجع
الى المثل او القيمة ويحتمل كونه شريكا لاصالة البقاء وان حكم بالضمان
كالممزوجة بماله ولو وجد ثوب واحد ففي الحكم به للمالك وجهان
مأخذهما اصالة بقاء حقه الثابت بالاقرار فيستصحب الى ان يعلم التلف
حملا لاطلاقه على الموجود لاصالة عدم غيره وان الموجود محكوم به
تركة ظاهرا وتقصيره في التمييز اقتضى ضمانها اما كونها الموجود فلا
ولا احتمال ان لا يكون هو الوديعة فلا يحكم لها مع قيام الاحتمال وترك
العمل بظاهر اليد وعلى تقدير عدم الحكم له به هل يحكم بضمان وديعته
قبل لا لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت والاقرار بها لا ينافيه وقيل نعم
لاصالة البقاء اذ لا يخفى عليك ما فيه ضرورة عدم صلاحية الاصول
للتشخيص على ان الاحتمال في الصورة الاخيرة آت في الصورتين الاوليين
اللتين جزم بالضمان فيهما بل جعله في اولهما ظاهرا بل قد يقتضي التامل
في اطراف كلامه انه غير محرر لموضوع المسألة وانه الوديعة المعلومة
عنده الى حال الموت ولكنه ترك الاشهاد لها اصلا او ترك
المتميز منها لا الوديعة في الجملة فان ذلك لا يقتضي الضمان باصالة بقائها
واصالة عدم الاشهاد لها فيكفي ح في ضمان كل وديعة ادعى بها
على ميت واقامة البينة على اصل استيداعه وان احتمل الرد والتلف بغير
تعد ولا تفريط وعود ذلك بدعوى ان ذلك هو مقتضى اصالة
بقائها واصالة عدم ردها واصالة عدم الاشهاد فيتجه ح كونه مفرطا
ضامنا وهو كما ترى لا ينبغي صدوره ممن له ادنى ملكة ضرورة توقف

بيان حكم ما لو وجد ثوبا واحدا

اثبات هذه الاصول ذلك على وسائط تقتضي الاصول عدمها على ان التفريط
من الامور الوجودية التي لا يمكن اثباته بالاصول وان تقوم بعض افراده
بالعدم ولكنه ليس هو الا تعريض المال للتلف ولو بعدم فعل ما يقتضي حفظه
كما هو واضح فالتحقيق ح الحكم بالضمان مع العلم بترك الاشهاد في الوديعة
التي هي عنده حال الموت الذي هو التعريض لتلفها وبعدمه مع احتمال
احتمال التلف بغير تفريط ولو بعد الاقرار بها عند قيام امارة الموت
بناء على ان الضمان انما يكون بترك الاشهاد الى حال الموت ويمكن ان
يكون عدمه عنه لحصول التلف بغير تفريط لان الاصل البراءة وبذلك
بان لك الوجه في قول المص فلو لم يشهد وانكر الورثة كان القول قولهم
يمين عليهم الا ان يدعى عليهم العلم كما هو الضابط في الحلف على نفي فعل الغير
سواء كان المراد انكار اصل الوديعة او التفريط بترك الاشهاد ولاحتمال
تلفها بغير تفريط كما اعترف به في المسالك هنا قال لو اقر الورثة بالوديعة
ولكن لم توجد في التركة وادعى المستودع انه قصر في الاشهاد وقال الورثة
لعلها تلفت قبل ان ينسب الى التقصير فالقول قولهم عملا بظاهر براءة
الذمة وقال ايضا يمكن ان يكون المراد انكار الورثة وجودها في التركة
حيث لم يشهد عليها ولعلها تلفت قبل حصول ما يوجب الاشهاد فادعى
المالك بقاءها وتقصيره في الاشهاد والحكم في المسألتين واحد وهو
صحيح فيما ذكرنا من ان عدم الاشهاد مع العلم بوجود اصل الوديعة
لا يقتضي الضمان لاحتمال كونه للتلف بغير تفريط وكيف كان
فيجب اعادة الوديعة على المودع او وليه او وكيله مع المطالبة في اول
اوقات الامكان بلا خلاف بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى ما دل
من الكتاب والسنة على الامر باداء الامانة الى اهلها والى عدم جواز
وضع اليد على مال الغير بغير اذنه والفرض عدمها هنا لانقطاع الاذن
بالمطالبة نعم لا ريب في اعتبار الامكان عقلا بل وشرعا ضرورة التكليف
اصلا في الاول بل والثاني لان المانع شرعا كالمانع عقلا اذا فرض رجحان

بيان وجوب الرد

مراعاته على وجوب ردّ الوديعة بل في المسالك والمراد بالامكان ما يعمّ ال
الشرعي والعقلي والعادي فلو كان في صلوة واجبة اتمّها او بليها وبينه حا
من مطر ونحوه صبر حتى يزول او في قضاء حاجة فالى ان ينقضي الغرض
فيه الى فاد وهل يعدّ اكال الطعام والحمام او صلوة النافلة وانقطاع
المطر غير المانع عذراً وجهان واستقرب في التذكرة العدم مع حكمه في
باب الوكالة بانها اعذار في ردّ اليمين وينبغي ان يكون هنا اولى وهل التاخير
لتشهد عليه عذر قيل نعم من نفسه النزاع واليمين لو انكر الرد وقيل لا لانّ
قوله في الرد مقبول فلا حاجة الى البينة ولانّ الوديعة مبنية على الاخفاء
خالبا وفصل آخرون تفصيلاً جيداً فقالوا ان كان المالك وقت الدفع
قد اشهد عليه بالايداع فله مثله ليدفع عن نفسه التهمة وان لم يكن اشهد
عليه عنده لم يكن له ذلك قلت لم اجد في شيء من النصوص اعتبار الامكان كي
يرجع في صدقه الى العرف ولا العذر حتى يكون الامر فيه كما ذكر نعم قد عرفت
عدم جواز وضع اليد على الغير بغير اذنه نعم قد يتعارض وجوب الرد مع
بعض الواجبات فيرجع الى الترجيح ومع عدمه يرجّح ردّ الوديعة فيما لو كان
نذر الاعتكاف مثلاً سنة في مكان مخصوص للحضر وعلى المودع تجسس
ماله عليه اللهمّ الّا ان يقال يرجح على ما سبق تعلقه عليه وفيه
منع لانّ السبق لا يقتضي تاخير امتثال الخطاب الآخر الذي هو
مطلق ولا تخصيصه بذلك كما انه قد يقال انّ اطلاق الامر بالتادية
يرجع فيه الى المتعارف في ردّ الودائع فلا يجب عليه شدة الاسراع
بركض ونحوه وان اقترحه عليه المالك وكذا قطع الاكل والحمام و
النافلة ونحوها ولعلّ ذلك ونحوه يراد الفورية العرفية لا العقلية
في نفس التادية وبذلك يظهر لك انّ المدار ما ذكرناه لا الرجوع الى
صدق الامكان والعذر بعد ان لم يوجد عنوانا في شيء من الادلة و
تظهر الثمرة في الضمان وبعضه مع التاخير الجائز لذلك وغير الجائز
له وكيف كان يجب الردّ ولو كان المودع كافراً لاطلاق الادلة وخصوص

وجوب ردّ الوديعة ولو كان المودع كافراً

جز

١٣٦

خبر الصيقل وغيره من النصوص المستفيضة او المتواترة الامورة فيها
بردّ الامانة على صاحبها ولو كان قاتل علي او الحسين او اولاد الانبياء او
مجوسيا او شاميا او حروريا المعمول بها بين الاصحاب عدا ما يحكى عن ابي
الصلاح من انه اذا كان المودع حربيا وجب على الودعي ان يحمل ما اودعه
الى سلطان الاسلام ورماه بعضهم بالشذوذ ولكن ينبغي النظر في مثل الفرض
المزبور بعد معلومية جواز تملك مال الحربي وانه فيء للمسلمين مثله كالاموال
المباحة وانّ له التوصل اليه بكلّ طريق من الربا والسرقة وغيرهما انه
لا يجوز للودعي تملكه في هذا الحال فيكون ذلك خارجا من الرخصة في تملكه
او انه وان جاز له ذلك الّا انه يجب عليه ردّه لو كان ملكه عملا بالدليلين
معاً الّا انّه لا يخفى صعوبة الالتزام بكلّ منهما بل قد يقال انّ في دلالة ادلة
المقام على مثل ذلك وانّما هي مساقة لبيان وجوب ردّ الوديعة على البرّ
والفاجر والمسلم والكافر الذي يمكن تعنّ ماله على محترم المال كالنصوص
في المقام الجمّ الدالة على احترام اموال المخالفين معللاً بانا معهم في دار
هدنة الى ان يظهر صاحب الامر فالمراد وجوب ردّ الوديعة على كل
محترم المال له في الدنيا للهدنة بينهما وان كان كافراً الّا انّ المراد وجوب
ردّها حتى على غير محترم المال من الكافر الحربي ونحوه مما جاز تملك ماله
او ممن كان للودعي عنده مال غاصبه واراد المقاصة من وديعته او
نحو ذلك مما قامت عليه الادلة على جوازه ولا اقلّ من التعارض في
الادلة من وجه ولا ريب في رجحان ادلة المقاصة وادلة تحلية مال
الكافر الحربي مثلا وخصوصا بعد ظهور التعليل في بعض ادلة المقام
بانا معهم في دار هدنة في محترمي المال وبعد امكان حمل ما هنا على الكراهة
من حيث الائتمان بخلاف تلك الادلة بل قد يشكل ردّ المال على الحربي بكونه
محكوما بانه فيء المسلمين وملك لهم فلعله لذا سمعت الرجوع منه الى
سلطان العدل من ابي الصلاح وبالجملة قد ظهر لك من ذلك كله انه
لم يكن اجماع على وجوب الرد حتى على الحربي وحينئذ على من عليه حق

المناصة وغيرهم امكن المناقشة فيه مما عرفت فتامل جيداً والله العالم نعم
لا اشكال في وجوب الرد على من لم يكن كذلك الا ان يكون المودع غاصباً لها فانه لا
يجب بل لا يجوز ردها عليه لعدم الوديعة شرعاً بل يمنع منها ولو مات بيان بعض احكام الوديعه للمغصوبة
فطلبها وارثه وجب الانكار مع توقف الحفظ ووجب اعادتها على المغصوب
منه ان عرف وان جهل عرفت سنة ثم جاز التصدق بها عن المالك ويضمن
المتصدق ان كره صاحبها لخبر حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الاكثر
سئلت ابا عبد الله عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم
او متاعاً واللص مسلم فهل يرد عليه قال لا يرده فان امكنه ان يرده
على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها
حولاً فان اصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء
ذلك خيره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله وان اختار الغرم
غرم له وكان الاجر له خلافاً للحلبي والحلي فاوجبا ردها الى امام المسلمين
ومع التعذر يبقى امانة ثم يوصي بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق
وعن الفاضل في المختلف انه قواه لانه احوط ولضعف الخبر الذي تدور مدار
اعتباره والمفيد والديلمي فاوجبا اخراج الخمس قبل التصدق ولم يذكرا
التعريف وللفاضل في الارشاد وتبعه الشهيد الثاني فخير بين الصدقة
بها بعد اليأس والتعريف مع الضمان وابقائها امانة بالعلة ظاهر
المتن الا ان الجمع كما ترى خصوصاً بعد ما سمعت من الخبر المعمول بين
الاصحاب الموافق للمعلوم من حكم مجهول المالك الذي ماغى فيه وقدمنه
ولا ينافيه التعريف سنة الذي هو حكم اللقطة لا مجهول المالك الذي
حد التعريف به اليأس لا السنة لامكان حمل الخبر المزبور على ارادة
حصول اليأس بذلك غالباً او على ارادة بيان ان الغرض مثل اللقطة
التي عرفت حولاً في اصل التصدق بها والضمان بقرينة قوله والا المراد
منه عدم امكان رده على صاحبه حتى بالتعريف لحصول اليأس منه
ولعل ذلك على سبيل الوجوب للامر به وكونه طريقاً من طرق الايصال

اللهم

اللهم الا ان يكون المراد بالامر الرخصة في ذلك لانه في مقام توهم الحظر
ولان الامر به على حسب الامر به في اللقطة المخير فيها بينه وبين ابقائها امانة
ولان في الوجوب ضرراً عليه باحتمال الغرم ولعله لذا كان خيرة الفاضل
وثاني الشهيدين ما عرفت ولعل الاولى من ذلك دفعه الى امام المسلمين
او نائبه الذي هو ولي من لا ولي له ليسلم به من الضمان وهو الذي يحمله الحلبي
والحلي ولا مانع منه على ارادة الجواز اما الوجوب فهو مناف لظاهر امر من في
يده بالصدقة به ثم ان الضمان على تقديره هل هو بمعنى رده على صاحبه
لو جاء ولم يجز او بمعنى كونه كسائر الديون فيجب الايصاء به ويجب على الورثة
وجهان اولهما انسب باصل البراءة وثانيهما انسب على اليد ومن الفضولي بعدم ٢ بقاعدة م
اجازة الفضولي وعلى كل حال فلو كان الغاصب مزجها بالدم او بالمال فان اودع جميع
امكن المستودع تمييز المالين رد عليه ومنع الاخر بلا خلاف ولا اشكال وان لم
يمكن تمييزهما ولو بالقسمة الاجبارية وجب اعادتهما على الغاصب عند الاصحاب
على ما نسبه اليهم غير واحد بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه تغليباً لاحترام
المال المعلوم مالكه على غيره الذي لا يمكن معرفته ليرد على صاحبه لكن في
المسالك وتبعه عليه غيره ان الاوفق بالقواعد رده على الحاكم مع امكانه
ليقسمه ويرد على الغاصب ماله ومع تعذره يحتمل قوياً جواز تولي الودعي
القسمة ان كان مثلياً وقد حق الغاصب معلوماً جمعاً بين الحقين و
القسمة هنا اجبارية للضرورة تنزيلاً للودعي منزلة المالك حيث
قد تعلقا بضمانه وللحسبة ولو امتزج على وجه لا يعلم القدر اصلاً ففيه
اشكال ويتوجه ح ما اطلقه الاصحاب ان لم يكن مدافعة الغاصب على وجه
يمكن معه الاطلاع على الحق ويحتمل جواز عدم جواز الرد مع امكانه
الى ان يعترف الغاصب بقدر معين او يتقاسم لاستحالة ترجيح حقه على
حق المغصوب منه مع تعلق الودعي بالحقين قلت لعل المتجه اولاً قيام
عدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعذره وكيله فان تعذروا فالودعي
او غيره ممن يقوم مقامهم من باب الحسبة كان المتجه الرجوع الى الحاكم في صورة

موجبات الضمان

عدم العلم بالقدر بل لعلهما اولى من الاولى التى يمكن دعوى خروجها عن موضوع
كلام الاصحاب المفروض فيه عدم امكان التميز حتى بالقسمة بعدم العلم بالقدر
وربما يكون المتجه ح ضمان الغاصب له بالمثل او القيمة او الرجوع الى الصلح
معه من الحاكم او من يقوم مقامه مع تعذر المالك وح يكون الوجه فى الامر
برد الجميع على المالك مضافا الى الاجماع المزبور الامر الثانى فى موجبات الضمان
وبعضها ضمان التفريط والتعدى بل قسم واحد وهو التقصير ولذا حصرها
بعضهم فى ستة الانتفاع بها والايداع والتقصير فى دفع المهلكات والمخالفة
فى كيفية الحفظ والتضييع بان يلقيها فى مضيعة والجحود والامر سهل بعد
معلومية عدم ضمانها بدونهما اجماعا بقسميه ونصوصا والضمان
مع كل منهما لصدق الخيانة المقابلة للائتمان المجعول فى النصوص
سببا لعدم الضمان ولصدق الاتلاف والتضييع فى الاول
منهما والنصوص المتقدمة فى باب الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان
بالتعدى والاستهلاك بعد معلومية اشتراك الجميع فى الحكم المزبور
باعتبار كونها امانة وما فى بعض النصوص من عدم ضمان الثوب المرهون
اذا تلف بترك نشره معرض عنه وان افتى به بعضهم لكنه شاذ مع امكان
حمله على ما اذا لم يكن تفريطا او كان بنهى المالك عنه او غير ذلك مما لابد
منه للجمع بين النصوص التى لا خلاف معتد به فى الفتوى بها بالنسبة
الى ضمان كل امانة مضافا الى مكاتبة محمد بن الحسن الى ابى محمد ع
رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها فى منزل جاره فضاعت فهل
يجب عليه اذا خالف امره واخرجها عن ملكه فوقع ع هو ضامن لها انشاء الله
وكيف كان فقد فرق بينهما فى المسالك بان التعدى فعل ما لا يجوز
فعله كلبس الثوب ونحوه واما التفريط فامر عدمى وهو ترك
ما يجب فعله من الحفظ ونحو ذلك قد عبر عنه فى نصوص الرهن
بالاستهلاك والتضييع ونحو ذلك مما هو امر وجودى ايضا وان
توهم بعض ارادة العدم فلا يكفى ح فى اثباته الا بالاصل كما اشرنا

بيان امثلة التفريط

اليه سابقا ولذا بعد المص وغيره من امثلتها ان يطرحها فيما يعفن او يذهب
عنها ولم يبق مراعيا لها بعينه التى هى حرز امثالها ولا ريب فى انه من الوجود
نعم قوله او يترك سقى الدابة او علفها او يترك نشر الثوب مثلا الذى يفتقر
الى النشر قد يتوهم منه ذلك المراد استهلاكه وتضييعه بترك ذلك لا ان
مجرد عدم ذلك منه ولو لاكراه ونحوه تفريط منه فيكون ح ايضا وجوديا
ولعل الامر فى ذلك سهل بعد الاتفاق على قبول دعوى المودع عليه بذلك
من دون بينة ولو لانه امين يصدق فى دعوى عدم التفريط او لان قوله
موافق لاصالة البراءة من الضمان الذى هو غير محتاج الى واسطة بخلاف
عدم نشر الثوب الذى هو واسطة فى اثبات الضمان وكيف كان فهو من
اسباب الضمان بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه فلا تنافى ح
بين التلف به وغيره كيد العدوان التى هى سبب فيه وان تلف بآفة سماوية
وليس ذلك لانفساخ الوديعة بل هى باقية للاصل وعدم المنافاة بذلك
فى الاثناء لها نحو ما سمعته فى مال المضاربة الذى قد تعدى فيه العامل
فانه يقتضى الضمان وان بقى العامل على مضاربته ولتسليمه الضمان على هذا
الوجه اما للاجماع او للخيانة او للمكاتبة المزبورة او لنصوص الرهن والمضاربة
المشتملة على الضمان به وبالتعدى من غير تقييد بالتلف فى خصوص ما صدر
منه من التفريط والتعدى واختصاص المورد فى بعض النصوص لا يقتضى
تخصيص الوارد انما الكلام فى اقتضاء ذلك الضمان منه حتى لو كان يجهل
باحتياج الوديعة لذلك او نسيان او اكراه او نحو ذلك مما يكون المودع فيه
معذورا لعدم شرعا وجهان فى القواعد ولو ضيع بالنسيان فالاقرب
الضمان كما عن التحرير والايضاح وجامع المقاصد وهو متجه لو ثبت
تسليمه على وجه يشمل الغافل والناسى ونحوهما مما هو غير مكلف وبذلك
يفرق بين الاتلاف وبينه بناء على ثبوت من اتلف مال غيره فهو له ضامن او
نحوه مما يشمل هؤلاء اجمع ودعوى اقتضاء اطلاق على اليد ذلك انما
خرج الوديع الذى لم يقع منه ذلك ولو نسيانا لابد فيها انه ليس باولى

من القول بان اطلاق ما دل على عدم ضمان الامين يقتضي العموم واقصى
ما خرج منه العامد الآثم دون غيره ولعل هذا اولى ولا اقل مع الشك
والاصل البراءة لكن الانصاف امكان ما يقتضي بتسبيب مباشرة الاتلاف
ونحوه مما يصح النسبة معه حتى مع الغفلة والنسيان ولعل هذا هو المدار
في التفريط والتعدي فما كان من افرادهما تحقق ضمن حتى مع النسيان والا فلا
والله العالم وكيف كان فلا اشكال في الضمان في الجملة بما سمعت من امثلة

بيان ما لو اودعها من غير ضرورة

التفريط او يودعها من غير ضرورة ولا اذن فانه كذلك للخبر السابق وللتعدي
فيها من غير فرق بين الزوجة والعبد والخادم ونحوهم مع فرض عدم
قرائن حالية او مقالية تقتضي الاذن بذلك ولا بين الثقة وغيره ولا
بين ان يجعل ذلك مستقلا بها وشريكا في الحفظ بحيث يغيب عن نظره وفي
المسالك هو موضع وفاق فلانه تصرف في مال الغير بغير اذنه لان المالك
لم يرض بيد غيره وامانته بل قال وفي حكم مشاركة غيره في الوديعة
وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظه في سائر الاوقات
سواء كان خارجا عن داره ام غير خارج نعم لو كان عند مفارقته لها
يضعه والده يستحفظ من يثق به ويلاحظ المحرز في عوده لم يخرج في التقدير
اعتقاده لقضاء العادة به ولانه ايداع عند الحاجة قلت لعله
كذلك مع ذلك ماجرت العادة بدفع الودائع التي يمكن دعوى بناء
العقد على ذلك وعلى فهمهما من الاطلاق والامر سهل انما الكلام في الضرورة
التي ذكرها المصنف فان المالك لو حصل ضرورة الى الايداع بان
خاف عليها من سرقة او حرق او نهب او اراد سفرا او تعذر ردها الى
المالك او وكيله دفعها الى الحاكم ولا يسمى ذلك ايداعا فان تعذر اودعها
العدل وهذا هو الخارج بالقيد فلا يجوز ايداعها للضرورة ابتداء بل
على الوجه الذي فصلناه وسيأتي في كلامه البينة عليه قلت ليس
في شيء من النصوص جعل الضرورة عنوانا لجواز الايداع كي يرجع في
مصداقها الى العرف وانما السفر للدنيا او للاخرة او للنزاهة ونحوها

دعوها منها او لا دفع لتعذر الحكم ينبغي الرجوع الى عدول المؤمنين القائمين
مقامه في الحسبة واحتمال ملاحظة ذلك بايداع العدل يدفعه قوله ان
هذا هو الخارج بالقيد الخ على انه مع تسليمه قد يناقش بعدم كونه ايداعا
عرفا ايضا مع فرض عدم اذن المالك له ورخصة الشرع له فيه للضرورة
وديعة عرفا ودعوى حصول الاذن من المالك له في هذا الحال واضحة
المنع فلا يصح الا القول بانه مخاطب بحفظها من جهتين احدهما من حيث
كونه وديعة والاخرى من حيث انها مال محترم مع فرض الضرورة يتعين
عليه ملاحظة الجهة الثانية فيودعها لذلك وليس هذا وديعة اصطلاحا
اذ هي استنابة من المالك في الحفظ وانما هو وضع منه لحفظها في يد غيره
لان له ولاية عليها بالنسبة الى حفظها وان لم يكن له ولاية على مالكها
فاستثناء الضرورة ح من عدم جواز الايداع بهذا المعنى لا ان المراد
جواز الايداع من حيث كونه وديعة لكن حال الضرورة على معنى صيرورة
الايداع حالها من افراد الحفظ الذي قد استفيد الاذن فيها من عقد الوديعة
فتامل جيدا فانه يترتب على ذلك ثمرات وبه يظهر الفرق بين حالي الضرورة
والاذن الذي مرجعه الى الرخصة من المالك في حفظ الوديعة بهذا
الفرد الذي لم يفهم من الاطلاق وهل يكون الودعي الثاني ح ودعيا للمالك
فلا ينفسخ بموت الودعي الاول مثلا او انه ودعي له لا للمالك ثم انه هل
يحكم بالضمان مثلا بمجرد الايداع حتى يعلم عدم الضرورة والاذن وفي
تصديق الامين في دعوى الضرورة والاذن وجه وان كان يقوى خلافه
في الاخير كما انه قد يقوى الحكم بالضمان بمجرد الايداع مثلا او السفر بها مع عدم
ثبوت الضرورة والاذن ولو ادعاه ذلك بناء على تصديقه الا انه لا دعوى
منه لموت ونحوه فتامل وعلى كل حال فقد ظهر لك ان من التفريط او التعدي
ان يودعها على الوجه المزبور او يسافر بها كذلك بلا ضرورة ولا اذن مع

من جملة امثلة التفريط

خوف الطريق وامنه بلا خلاف اجده فيه لعدم تناول اطلاق العقد الذي
هو نوع تغرير بها الا مع القرينة كما لو اودعه في حال السفر او كونه لذلك في البحث

فى الضرورة والاذن على نحو ما سمعته فى الايداع حتى بالنسبة الى الرد حالها للمالك
او وكيله والحاكم بل فى التذكرة لو سافر بها مع القدرة على صاحبها او وكيله
او الحاكم او الامين ضمن عند علمائنا اجمع سواء كان السفر مخوفا او غير مخوف
بعد ان صرح بعدم لزوم المقام عليه لحفظ الوديعة لانه متبرع بامساكها
ولكن له مع ذلك الرد الى المالك او الوكيل او الحاكم او الامين كما انه فى محكى ط
نفى الخلاف عن عدم الضمان بالرد الى الحاكم والعدل لو اراد السفر قال لان
السفر مباح فلو قلنا ليس له ردها منعناه من المباح الذى هو السفر نعم فى لك
هنا فان تعذر او دعها العدل فان فقد فلا يخلو اما ان يخاف عليها مع
ابقائها فى البلد اولا فان خاف جاز السفر بها كما سيأتى وهو الموافق
لمفهوم العبارة هنا وان لم يخف عليها لم يجز السفر بها لعموم قوله كك
اى كالسابق وهو مع عدم الضرورة والاذن لا يجوز السفر بها ح وفى
لك لان الاطلاق انما يتناول الحفظ فى الحضر عملا بالعادة ولان السفر
لا يخلو من خطر فى الجملة والنهى قلت هو فى قوله ان المسافر وماله لعلى
تلك الا ما وقى الله لكن هل يجب عليه الاقامة ح مع عدم كون السفر
ضروريا له ويجوز له السفر بها ضامنا لها قلت قد يظهر ان الشيخ
والمحكى عن التذكرة بل والتحرير التخيير بين الامرين الاقامة والسفر بها ضامنا
لها قلت قد يقوى ان المتجه عليه الاول للمقدمة واليه يرجع ما فى المسالك
حيث بعد ان حكى عن التذكرة ما سمعت قال لا يجوز المنع من ذلك الا ان
انه ينبغى التقييد بما اذا لم يتمكن من حفظها فى محلها وان سافر عنها
على وجه لا يعد كونه متعرضا لها او مضيعا لها والا جاز له السفر
مع ذلك بل قد يقوى بان له مصاحبتها فى سفره حافظا لها مع فرض
عدم امكان حفظها مع السفر عنها والا تعين الاقامة معها ولا ضمان
عليه اذ السفر ان لم يكن ضروريا له كان ضرورة تجوز له مصاحبتها
كما جوزت له ايداعها من الثقة الذى قد عرفت عدم جوازه الا مع الاذن
او الضرورة التى منها ارادة السفر وان لم يكن ضروريا فتأمل ومن ذلك

يعلم

يعلم انه لو اضطر الى السفر بالوديعة بان يضطر الى السفر وليس فى البلد حاكم
ولا ثقة ولم يجد المالك ولا وكيله او اتفق جلاء لاهل البلد او وقع حريقة
او غارة او نهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل سافر بها
ولا ضمان اجماعا لان حفظها ح فى السفر بها والحفظ واجب فاذن الاثم الا
بالسفر بها كان واجبا ولا نعلم فيه خلافا وفى محكى ط اذا كان التلف محوفا
بفزع من النهب والحريق فله ان يسافر بها ولا ضمان عليه بلا خلاف فى
لعل المحصل من كلامهم مسائل منها ان له السفر وان لم يكن ضروريا له و
لا يحرم عليه السفر من جهتها كما سمعته من ط والتذكرة الا انه يجب عليه
الرد المزبور وقد يناقش فيه ان لم يكن اجماعا بانه مخالف للسيرة
المستمرة فى جميع الاعصار والامصار على السفر من الودعيين بدون ذلك
والاكتفاء ببقائها فى حرزها اللائق بها فى داره التى بيد زوجته
واولاده وعياله ولا يرون ذلك ابداعا لها عندهم بل هو نحو اللبث ايام ما
عديدة لما دون المسافة للاعتكاف وغيره والوديعة فى حرزها بيد
الناظر لها ولداره من عياله وغيرهم ومع التسليم يتجه وجوب القيام
عليه مقدمة للحفظ الواجب عليه ولو سلم ان له فسخها فى كل وقت باعتبار
كونها عقدا جائزا فبين ردها الى المالك او وكيله او الحاكم او يودعها
الى الامين بدفعه ما تسمعه من المتن وغيره من عدم جواز دفعها
الى الحاكم مع عدم العذر وانه يضمن بذلك وما تقدم سابقا من عدم
جواز دفعها الى الحاكم ابتداء او ايداعها الى الثقة الا لضرورة والغرض عدمها
مع عدم كون السفر ضروريا له ومنها وجوب السفر بها مع الخوف عليها
مقدمة للحفظ الواجب عليه وقد يناقش بعدم ثبوته على الاطلاق
كى يكون ذلك واجبا عليه للمقدمة ولعله لذا حكى فخر الاسلام
فيما حكى عنه بعد ما قال لا يجب السفر عليه لاجلها وان خاف تلفها
بدونه بل ان اختار السفر وجب عليه استصحابها فلا يكون السفر واجبا
وانما يجب مصاحبتها لو اختاره بل لعله ظاهر كل من عبر بجواز السفر

لو فرض كون السفر ضروريا له او ضروريا لها سافر بها ح ولا ضمان عليه قال فى كره م

نقل الاجماع على جواز السفر بالوديعة فى بعض الا حوال

مما يحتمل التفريط والتعدي

كالمص فيما يأتي وغيره ودعوى ارادة الاعم من الوجوب ممنوعة فتامل جيدا و
فيما يأتي لذلك تتمة انشاء الله ومنها التخيير بين السفر بها ضامنا لها او لا والاقامة
مع تعذر النفقة وقد عرفت الحال فيه ومن التفريط او التعدي ايضا طرح
الاقمشة او الكتب ونحوهما في المواضع التي تتلفها وتفسدها مدة تكون بدونها
عادة بل في المسالك يمكن اعتبار كونه ضررا لها مطلقا فلا يجوز وضع الثوب
في موضع يعفنه وان عزم على نقله قبل الفساد نظرا الى انه ليس بحرز له
عادة وان كان هو كافيا عن ضرورة ملاحظته على المالك وقصره في الحرز
عادة كما هو واضح وكذا يضمن لو ترك سقي الدابة وعلفها مدة لا تصبر عليه
مثلها في العادة مما ثبت به تحقق التفريط خلاف موتها قبل ذلك فانه
لم يتحقق التفريط ح والاصل البراءة من الضمان نعم لو انتفى بقاؤها وعدم
كونها بذلك كانت داخلة في ضمانه كما انه لو نقصت بالترك المزبور ضمن
النقص قال في التذكرة لو امتنع المستودع من ذلك دعى السقي والعلف حتى
مضت مدة تموت مثل تلك الدابة في مثل تلك المدة نظر ان ماتت
ضمنها وان لم تمت دخلت في ضمانه وان نقصت ضمن النقصان فان ماتت
قبل مضي تلك المدة لم يضمنها ومرجعه الى ما ذكرناه من عدم تحقق التفريط
قبل مضيها كما ان مرجع ما ذكره المص الى ذلك لا الى ارادة اختصاص
الضمان بالموت به كي يكون منافيا للمعلوم المقطوع به عند نا من ضمان
ما تحقق بها التفريط ان تلف باي سبب يكون وبذلك يعرف ما في المسالك
فانه بعد ان ذكر ذلك متعلق المص الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة
لا تصبر عليه عادة اذ اريد به هذا المعنى فلا اشكال من هذه الحيثية
لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها مع انها قد صارت مضمونة
بالتفريط ومن شأن المضمون ان لا يفترق الحال بين تلفه وتلفه بذلك
السبب وغيره وسيأتي له نظائر كثيرة في كلامه وان اراد به معنى
آخر اخص مما ذكرناه كما هو الظ اشكل الحكم مما سبق ومن توقف الضمان
على ترك هذه المدة مع ان الواجب القيام بالمعتاد منه وبتركه

يحقق

بتحقق التفريط اذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه من ان
مراد المص العلم بتحقق التفريط بذلك اذا ترك المعتاد مع فرض عدم التعرض
به لتلف مثل هذه الدابة لا بعد تفريطا قطعا وان قلنا بوجوبه عليه
للعادة ثم قال وفي عبارة العلامة ما هو ابلغ مما هنا فانه قال في كره
وحكى ما حكيناه ثم قال هذه عبارته وقد علق الضمان بهما كما ترى
على ترك ذلك مدة يموت فيها عادة لا تاخيره زيادة على المعتاد
ولا زيادة على ما تصبر عليه عادة مع انه قد عرفت معنى عبارة المص
وان مرجعها الى ما ذكرناه من عدم تحقق التفريط بدونه وعدم الضمان
بالموت قبله القسم الثاني في التعدي الذي قد عرفت تسبيبه الضمان
وهو مثل ان يلبس الثوب مثلا للانتفاع به او بلا قصد لا ان يلبسه
لحفظه او يركب الدابة كذلك او يخرجها من حرزها لينتفع بها ثم لو نوى
الانتفاع لم يضمن بمجرد النية للاصل وعدم صدق الخيانة بالعزم
على الانتفاع بها فيما يأتي من الزمان ولكن لم يفعل ولم يعتبر نية في
قبضه عن المالك اما لو نوى في استدامة القبض انه له غصبا كان
ضامنا لصار غاصبا لكونه حالو قبضها من اول الامر على وجه الخيانة
لا الامانة على ما اعترف به في المسالك الا انه قال بعد ذلك في
تاثير النية في استدامة الاخذ كما يؤثر في ابتدائه وجهان من ثبوت
اليد في الموضعين مقترنا بالنية الموجب للضمان ومن انه لم يحدث فعلا
مع قصد الخيانة والشك في تاثير مجرد القصد في الضمان وتردد في
التذكرة ويتحقق ذلك في صور منها ان ينوي الاخذ ولم يأخذه للاستعمال
ولم يجعل يستعمل او ان لا يرد الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالجحود
وغير ذلك فقد جزم المص فيما سبق بانه لو نوى الانتفاع لم يضمن
بمجرد النية قلت لا يخفى عليك انفساخ الوديعة بتجديد النية في
استدامة القبض انه له لا للمالك فان نيتها الوديعة كما لا يحتاج
الى استدامة النية السابقة ولذلك قال الفاضل في القواعد في

بيان أمثلة التعدي

وهو القسم الثاني

في كتاب الغصب ان المودع اذا جحد او عزم على المنع فهو من وقت الجحود والعزم
غاصب ووافقه عليه غيره مع انك ستسمع في الضمان بالجحود ما يذكر فلانه كما
انه مما ذكرنا ظهر لك الفرق بين نية الانتفاع بمعنى العزم عليها فيما يأتي من
غير تعيين في استدامة القبض من المالك وان اولى مما ذكره الشهيد
في الجمع بين كلاميه في الغصب الذي سمعته وبين كلامه هنا وهو لو نوى الاخذ
للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن بخلاف الملتقط الذي يضمن بمجرد النية لان سبب امانته
مجرد النية كذا اي يضمن لو جحد والامساك لنفسه او نوى بالاخذ من المالك
الانتفاع اذ ان مراده ما قلناه فلاحظ وتامل حتى ما ذكره من الفرق
بين اللقطة والوديعة والامر سهل بعد معرفة التحقيق في اصل المسألة
وعلى كل حال فلو طلبت منه فامتنع من الرد في اول اوقات الامكان الذي
هو بمعنى التمكن منها مع القدرة عليه شرعا وعرفا على الوجه الذي
تقدم سابقا ضمن لانقطاع الاذن بالاستنابة في حفظها وتغيير
يد الائتمان حينئذ بالعدوان كما عرفته فيما مضى مفصلا وكذا يضمنها
لو جحدها بعد طلبها منه ثم قامت عليه بينة او اعترف بها لما عرفت
من انقطاع الاذن ببقائها بالطلب فهي حينئذ في يده مضمونة عليه مضافا
الى خيانته بجحوده ولو جحدها ابتداء او عند سؤال غيره في المالك
لم يضمن لان الوديعة مبنية على الاخفاء فانكاره لها بغير طلب يوجب
الرد اقرب الى الحفظ وهو كذلك مع العلم بان جحوده لها لذلك اما اذا
علم كونه لارادة غصبها فالمتجه الضمان لانقطاع قبولها وديعة
حينئذ بل يقوى بذلك جحوده الذي لا يعلم حاله اخذا بظاهره الآن
اصالة البراءة واستصحاب الامانة وغيرهما يقتضي العدم ولعله
الاقوى ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها او قال لي عندك وديعة
فانكر ففي الضمان قولان احدهما العدم كما عن التذكرة لانه لم يمسكها
لنفسه فلم يتربصه عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها ومجرد
السؤال لا يبطل الوديعة حتى يرفع الامانة بخلاف الطلب الثاني ثبوته

لان جحوده

١٨١

لان جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك لان نفي اللزوم يقتضي نفي
لازمه من حيث هو لازمه فلا يكون امينا عنه فيضمن كما عن التحرير والكركي
وقد عرفت فيما مضى قوته وانه لذلك يكون غاصبا ولو اظهر لجحوده عذرا
نسيان ونحوه لم يضمن ان صدقه المالك والاصح ملاحظة ظاهر الحال لمصلحة
واصالة عدم النسيان وستسمع في المسألة السابقة في اللواحق ما يؤكد ذلك
نعم لو كان الجحود لمصلحة الوديعة بان يقصد به دفع ظالم او متغلب
ونحو ذلك لم يضمن ضرورة بقاء يده على الامانة وزيادة الاحسان
في الفرض واثر العالم ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز بلا خلاف
اجده للتعدي بالتصرف الذي لا اذن فيه سواء كان باجود
او مساو او ادون بل لو خلطها بمال للمودع كذلك ضمن ايضا سواء كان
وديعة ايضا عنده او امانة او غصبا ومنه يعلم ان سبب الضمان العدوان
لا الشركة نعم في المسالك وغيرها عدم الضمان مع تميز المالين ان لم
يستلزم المزج تصرفا آخر غير المزج منهيا عنه كما لو كان المال في كيس مختوم
ونحو ذلك فالضمان المنفي على تقدير الامتياز من حيث المزج وان اوجبنا
الضمان من حيثية اخرى ولعله كذلك للاصل ان لم نقل بتحقق العدوان
في نفس الخلط والمزج باعتبار كونه تصرفا في الوديعة غير ما هو
ناشئ منه ولا من مقدماته والا ففيه اشكال وكذا يضمن لو اودعه
مالا في كيس مختوم او في صندوق كقفل او مدفونا فضمه بفتح ختمه
وقفله ونبشه وان لم يكن يقصد اخذ شيء منه وكذا ما اشبه
الختم في الدلالة على قصد المالك الاخفاء كالخياطة ونحوها نعم في ذلك
ومحكي كره عدم الضمان في حال ما يقصد به المنع من الانتشار وان كان
الاخذ ولم يأخذ مع امكان المناقشة فيه بانهما معا تصرف غير
مأذون فيه فهو تعد عما هو نائب فيه فيضمن ايضا كما اعترف به
في جامع المقاصد اللهم الا ان يقوى بكون العدوان الذي يتبعه الضمان
ما يصدق عليه الخيانة عرفا من التصرف لا مطلقا وان اثم به باعتبار

بعض امثلة الضمان

عدم الاذن فيه ولعلّه لذا جزم الاردبيلي فيما حكي عنه بانه لا ضمان في
شيء من ذلك حتى في فتح الختم للاصل وعدم التعدي والتقصير في الحفظ ولم
يثبت كون هتك الحرز موجبا للضمان ولابد له من دليل وهو جيد ان لم يكن
دليله الاجماع على الضمان بالتعدي الذي هو التجاوز عما يقتضيه اطلاق
عقد الوديعة وان لم يصدق به الخيانة او انها تتحقق به مضافا الى ما
يمكن دعوى استفادته من فحوى الرهن والمضاربة من الضمان بالتعدي
مط هذا كله في الختم من المالك اما اذا كان من الوديع فقد يقال لم يضمن على
ما صرح به غير واحد الا اذا كان بامر المالك بعد الاستيداع او قبله فانه
كختم المالك ومن ذلك يعلم الحال فيما قيل من ان المراد بالضمان في المتن وغيره
ضمان المصروف كما صرح به جماعة وفي ضمانه وجهان واستقرب في الصرف م
التذكرة العدم لانه لم يقصد الخيانة في المصروف مع انه حكم فيها التوقف
في الضمان بعد الدراهم الغير المختومة او وزنها او ذرع الثوب من انه
تصرف في الوديعة ومن انه لم يقصد الخيانة ورد بان المعتبر في الضمان
التعدي بالتصرف في الوديعة بما لا يقتضيه اطلاق عقدها لا قصد
الخيانة ولا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا وجه الكلام في المسألة
ومنه يعلم ما عن المبسوط وغيرها وعن التحرير وفي المسالك من انه لو
خرق الكيس فان كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم وان كان
فوقه لم يضمن الا نقصان الخرق وكذا يعلم منه الحال ايضا فيما لو اودعه
كيسين فمزجهما باخر حتى مع اتحاد المالك بل في المسالك يمكن ارادة
تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرف في المال بغير
اذن المالك حيث اقتضى اخراج احدهما عن كيسه وصبه على الاخر و
الظاهر انه يضمن المخرج مط واما الاخر فان كان مختوما ضمنه والا
فلا مع بقاء التمييز لانه لم يحدث فيه تصرفا ممنوعا منه مع احتمال
الضمان وهو قول لبعض الاصحاب قد عرفت الوجه في جميع ذلك و
ربما كان في كلامهما منافاة لما ذكره سابقا في الخلط هذا كله اذا كان

حكم ما لو اودع كيسين فمزجا بالك

الكيس

الكيسان للمودع اما اذا كانا للوديع فلا ضمان مع بقاء التمييز لان
له نقل الوديعة من محل الى غيره وله تفريغ ملكه ولا يتعين عليه
الحفظ فيما وضع فيه اولا ولو اتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي
كما لو قطع يد العبد وبعض الثوب ولو كان منفصلا او الاتلاف خطأ فمقتضى
القواعد ضمنه خاصة كما لو اخرج بعض الدراهم وقد يشكل مع صدق
الاتحاد عرفا بتحقق الخيانة بل قد يدعى ان المدار في الاتحاد ايداع الجميع
بعقد واحد الا انه لا يخلو من بحث والله العالم وكذا يضمن الامين على
الدابة مثلا لو امره بان يحملها الحمل الاخف فآجرها الاثقل منه لا سيما اجرها
لا شيء كالقطن والحديد بلا خلاف ولا اشكال لصدق التعدي والخيانة
بل في المسالك احتمال تحققه بمجرد العقد لتسلطه على الانتفاع العدوان
فيخرج من كونه امينا كما يضمن بجحوده بل بمجرد نيته مع عدم فعل ما يوجب
الضمان وان كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرنا سابقا
كما انه لا يخفى عليك ما ذكره ايضا فيها من ان المضمون على تقدير المخالفة
هو الجميع على التقديرين لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع مع احتمال
التقسيط خصوصا في حمل الاثقل لان القدر المأذون فيه ليس مضمونا
وانما التعدي بالزائد فيقسط الزائد عليهما وعلى هذا فيعتبر في الاضر
ما يساوي المأذون من الضرر مع احتمال ضمان الجميع هنا وان قلنا به
لان مجموع الحمل مغاير للمأذون بخلاف الاثقل اذا كان الثقل مستندا الى زيادة
المقدار مع اتحاد الجنس كما لو اذن له في حمل قفيز فآجرها القفيزين من صره
كون مراد المص ضمان نفس العين التي لا ينبغي التوقف في ضمانها اجمع
بالتعدي المزبور واما المنفعة فللبحث فيها مقام اخر والله العالم ولو جعلها
المالك في حرز مقفل ثم اودعها ففتح الوديع الحرز واخذ بعضها ضمن الجميع
لصدق التعدي والخيانة بذلك بل قد عرفت تحققها بالفتح وان لم يكن
للاخذ بل ربما قيل بذلك بنية الاخذ وان لم يكن مودعة في حرز فكانت
مودعة في حرز للوديع بفتح الدار فاخذ بعضها ضمن ما اخذه خاصة

بيان الحكم بالضمان لو فتح الحرز المقفل

باخذه وان لم يصرفه لصدق التعدي والخيانة فيه دون غيره والفرض انما
هو في ملكه ولا اقل من الشك والاصل معا يقتضيه عدم الضمان لكن قد تقدم ما
يعلم منه البحث في ذلك كما انه قد تقدم ما يعلم منه حكم الشدّ بامر المالك بعد الاستبداع
وقبله وحكم نية الاخذ من الوديعة في الاثناء والابتداء لكن في المسالك هنا
انه لو نوى التصرف في الوديعة عند اخذها بحيث اخذها على هذا القصد
كانت مضمونة عليه مطلقا لانه لم يقبضها على وجه الامانة بل على سبيل الخيانة
وفي تاثير النية في استدامة الاخذ كما لو نوى في ابتدائه وجهان من ثبوت
اليد في الموضعين مقرونا بالنية الموجبة للضمان ومن انه لم يحدث فعلاً
مع قصد الخيانة والشك في تاثير مجرد القصد في الضمان وتردد
في التذكرة ويتفرع على ذلك في صورة منها ان ينوي الاخذ ولم ياخذ
الاستعمال ولم يستعمل او نوى ان لا ترد الوديعة اذا طلب المالك ولم
يتلفظ بالجحود وغير ذلك فقد جزم المص فيما سبق بانه لو نوى الانتفاع
لم يضمن بمجرد النية قلت لكن قد عرفت الفرق بين العزم على الانتفاع مع
بقاء القبض عن المالك وبينه مع نية كون القبض له ضرورة تحقق
الغصب في الثاني كما اعترف به في القواعد وجامع المقاصد وغيرهما
بخلاف الاول وعلى كل حال لو اعاد بدله لم يبرء الا مع اجازة المالك
لعدم صيرورته بدلا بدون قبض المالك ومن فلو اعاده ومزجه
بالباقي ضمن ما اخذه خاصة مع التميز وجد تقدم سابقا 2بل الجميع
واما لو اعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجا لا يتميز ضمن
الجميع وقطعا لما سمعته من تحقق التعدي بذلك ولو اعاد عين
المأخوذ لم يزل الضمان كما لم يزل بالرجوع عن كل تفريط وتعدٍ
ولا يتعدى الى الباقي وان مزجه بحيث لا يتميز لان الجميع مال
المالك غايته ان بعضه مضمون وبعضه غير مضمون ولان هذا
الاختلاط كان حاصلا قبل الاخذ وعلى هذا لو كان الجميع عشرة دراهم
واخذ منها درهما ثم رده اليها وتلف بغير تفريط لم يلزمه الا درهم

ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم وهكذا قلت قد يتوقف في تنقيح قاعدة
تقتضي ذلك اللهم الا ان تكون هي قاعدة الاشتراك في الملك بالمزج القهري
وفي العين لقيام الاحتمال لكل منهما مع عدم الترجيح والا فقاعدة على
اليد تقتضي ضمان المأخوذ حتى يعلم ادائه الى مالكه فيلزمه ح ضمان الدرهم
مع تلف الخمسة ايضا لعدم العلم بالاداء مع دفع الباقي الى المالك هذا
والظاهر انه لا فرق في جميع ما ذكرنا بين الاخذ بقصد العدوان وبينه
بقصد القرض بعد فرض عدم جوازه له لعدم الاذن ولو فحوى
لكن في خبر الخثعمي عن الصادق قلت له الرجل يكون عنده المال وديعة ياخذ
منه بغير اذن صاحبه فقال لا ياخذ الا ان يكون اذن له قال قلت
ارايت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذي يضمنه
ياخذ منه قال نعم وفي خبر علي ابن جعفر عن اخيه موسى المروي عن قرب
الاسناد ومستطرفات السرائر سئلته عن رجل كانت عنده وديعة
لرجل فاحتاج اليها هل يصلح له ان ياخذ منها وهو مجمع ان يردها بغير
اذن صاحبها قال اذا كان عنده وفاء فلا باس ان ياخذه ويرده
الا انه لم اجد عاملا بشيء منهما لمنافاتهما اصول المذهب ضرورة
اقتضاء عقد الوديعة الوكالة في القرض والاستيفاء فلا محيص
عن طرحهما 3او حملهما على الفحوى او غير ذلك 3 الامر الثالث في اللواحق وفيه مسائل الاولى يجوز السفر
بالوديعة اذا خاف تلفها مع الاقامة وقد تعذر الرد الى المالك او
وكيله او الحاكم او الايداع الى الامين ولا يرتفع الخوف عليها به بل قيل انه
يجب عليه السفر بها ح وقد عرفت البحث فيه سابقا ثم انه على كل حال
لا يضمن لعدم كونه متعديا او مفرطا في هذا الحال ولكن لا يجوز
السفر بها ح مع ظهور امارة الخوف ضرورة عدم كونه حفظا لها
اذ السفر في نفسه مخاطرة كما قال النبي ص المسافر وماله على تلف الا ان
يشاء الله ومع ذلك لو سافر والحال هذه ضمن للتعدي والتفريط نعم لو
فرض كونه في هذا الحال احرز لها من البقاء ارتفع الضمان في المسئلة

الامر الثالث في اللواحق وفيه مسائل الاولى

المسئلة الثانية

الثانية لا يرد المودع الا ردها للمالك او وكيله العام او الخاص فان فقد
فالى الحاكم الذي هو ولي الغائب في حفظ ماله لكن مع العذر للوديع كالعجز
عن حفظها او عرض له خوف يفتقر معه الى السير المنافي لرعايتها او خاف
عليها من السرق او الحرق او النهب او نحو ذلك من الضروريات ومع عدم
العذر لم يجز له دفعها فلو دفعها ح ضمن لان المالك لم يرض بيد غيره
والفرض عدم الضرورة لاخراجها عن يده فيجب عليه ح حفظها الى ان
يرد المالك او يتجدد له عذر وفي المسالك هكذا ذكره الاصحاب لا نعلم فيه
خلافا بينهم نعم وافقهم جماعة من العامة لكن قد يقال ان لم يكن اجماعا بعد
جواز فسخ الوديعة له في كل وقت وح تكون امانة شرعية في يده يجب
ردها على المالك او وكيله او وليه وهو الحاكم وان لم يكن ضرورة بل قد
عرفت سابقا من اطلاق كلامهم بل هو صريح بعضهم جواز السفر عنها
وان لم يكن لضرورة الا انه يدفعها الى المالك او وكيله او الحاكم او العدل
بل قد عرفنا ان خروج ذلك مما يظهر بعد التامل في ملاحظة ما في كلام
الاصحاب من التشويش في جملة من الامور فلاحظ وتامل وعلى كل حال
فحين يجوز دفعها الى الحاكم حيث يجب عليه القبول لانه ولي الغائب
ومنصوب للمصالح اولا للاصل لعل الاول اقوى وكذا الوجه في الدين كدين
الدين مع غيبة المدين المغصوب ونحو ذلك ولو فقد الحاكم وخشي تلفها
مثلا جاز ايداعها من ثقة ولو تلفت لم يضمن لعدم صدق التعدي
والتفريط الذي هو احد افراد الحفظ المأمور به في هذا الحال لكن
قد عرفت الحال فيما مضى ان ذلك فسخ للوديعة والدفع الى العدل باعتبار
قيامه مقام الحاكم في الحسبة او انها باقية على الوديعة عنده ولكن
جاز لها او وجب عليه حفظها بهذا الطريق في هذا الحال وان لم يجز
اختيارا وكذا الكلام في المسئلة الثالثة التي هي لو تعذر على الحاكم

المسئلة الثالثة

دفعها الى الثقة ضمن ضرورة مرجع الجميع الى وجوب هذا
الترتيب وقد قدمنا سابقا ما يستفاد منه التوقف في وجوب ردها

مع السفر المزبور وان السيرة القطعية على خلاف ذلك بل قد يقال حتى لو كان
المالك حاضرا او لم يطلبها ما سمعته ايضا من عدم اعتبار كون السفر
ضروريا وان الرد الى العدل مع فرض عدم كونه نائبا مقام الحاكم كما
هو صريح ما سمعته سابقا من المسالك بل وغيرها لا دليل على وجوب
تعينه ضرورة كونه ح احد افراد الحفظ المخير فيها بين في هذا الحال بعد
فرض جواز السفر له بل ربما يتفق الاحرز منه فحينئذ يظهر لك النظر

المسئلة الرابعة

في المسئلة الرابعة وهي اذا اراد السفر فدفنها في حرز او غيره ضمن الا مع علم
الامين او لا ضمن الآن يخشى المعاجلة كما في القواعد والارشاد ضرورة
ابتناء ذلك على ما سمعته من وجوب الرد على الترتيب المزبور و
الدفن مناف له والاعلام ليس ردا ولا ايداعا وفيه ما عرفت من عدم
الدليل على ايداع العدل بخصوصه بل هو احد افراد الحفظ كما انه لو خشي
المعاجلة او خاف عليها من معاجلة السارق او الظالم لم يضمن ح بالدفن مع
المراعي مقدار ما يتمكن منه من الحرز به والاعلام ونحوهما لانحصار طريق
حفظها ح بذلك وكذا لو كان السفر ضروريا له وخاف معاجلة
الرفقة فدفنها مراعيا ما سمعت بعد تعذر ما يجب عليه من الرد
على الوجه المزبور ولكن قد تقدم لك ما يعرف منه وجه النظر

المسئلة الخامسة

في ذلك والله العالم المسئلة الخامسة اذا اعاد الوديعة بعد التفريط
او التعدي بان لبس الثوب ثم نزعه الى الحرز لم يبرأ من الضمان للاصل
وغيره ولو جدد له المالك الاستئمان بان فسخ العقد السابق
ورجع المال الى يده ثم اودعه جديدا او قلنا بكفاية تجدد العقد
وان لم يرجع المال الى يده على حسب ما سمعته في رهن المغصوب
برئ من الضمان ايضا بلا اشكال واما لو قال اذنت لك في
حفظها او اودعتكها او استأمنتك عليها او نحو ذلك مع
عدم فسخ العقد الاول فالاقوى عدم البراءة من الضمان للاصل
وعدم صيرورته وديعة جديدة بذلك اذ هو

بالتفريط السابق لم ينفسخ عقد امانته ولم يرتفع الاذن له في حفظها وانما صارت به وديعة مضمونة فان السالك من توجيه عدم الضمان بانه انما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه باعدائه ما يقتضي الامانة لا يخفى ما فيه كان قوله فيها ايضاً يحكى بناء ما نحن فيه على مسئلة ان الغاصب اذا استودع هل يزول الضمان عنه ام لا لكنك ايضاً لما عرفت من عدم انفساخ العقد الاول المقتضي لبقائها وديعة مضمونة بالسبب الذي اقتضى الضمان لا الفسخ بل وكذا ما ذكره فيها اخيراً من ان الاقوى هنا زوال الضمان لان المستودع نائب عن المالك فكان يده كيده وقصد لمصلحته فكان المال في يده بمنزلة ما اذا كان في يد المالك بخلاف الرهن ضرورة اتحاد الرهن والوديعة من حيث النيابة عن المالك في الحفظ فالمتجه ح ما عرفت الآن نعم يراد بذلك البراءة عن الضمان ح يكون ذلك من القسم الثالث الذي اشار اليه المصنف بقوله وكذا لو ابرأه عن الضمان ولكن فيه اشكال بعدم دليل صالح لقطع اصالة الضمان ضرورة عدم ثبوت مال في الذمة يكون مورداً للابراء فان المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلف بالمثل او القيمة فهو كما لو قال للغاصب ابرأتك من ضمان المال المغصوب في يدك ونحوه مما هو ابراء مما لم يجب بعد ودعوى كون المراد من الابراء اسقاط الحق الذي هو تأهل الذمة منه للاشتغال على تقدير التلف يدفعها منع سقوطه بذلك للاصل والظاهر ما دل على سببية الضمان الشامل لصورة الاسقاط السالم عن معارضة ما يقتضي صحة هذا الاسقاط على وجه يترتب عليه السقوط المتنازع فيه المحتمل كونه كحق التحجير ونحوه والله العالم وكيف كان فلو اكره على دفعها الى غير المالك دفعها ولا ضمان وفاقاً للمشهور نقلاً ان لم يكن تحصيلاً لضعف المباشر ولقوة السبب ولاصالة البراءة بل عن المصنف بترك

حكم الابراء من الضمان

التسليم فيباح له شيء عادة يكون معه رجحان بنوي الرفع المقتضي رفع الحكم وضعاً او تكليفاً الا ما خرج خلافاً للمحكي عن ابي الصلاح فاوجب الضمان لكونه متلفاً اذ الفرض انه باشر الدفع بنفسه الا ان المكره باشر الاخذ فيشمله عموم من اتلف ونحوه وان كان له الرجوع على المكره باعتبار قوته فقرار الضمان عليه لكن قد يشك في تناوله لمثل الفرض الذي هو فيه من المحسنين الذين لم يجعل الله عليهم سبيلاً فضلاً عن الضرر البين حال عدم التسلط على المكره وقد تقدم سابقاً الكلام في المسئلة في الجملة والله العالم المسئلة السادسة اذا انكر الودعي الوديعة او اعترف وادعى التلف او الرد ولا بينة فالقول قوله بلا خلاف ولا اشكال في الاول لعموم البينة على المدعي واليمين على من انكر وعلى المشهور في الثاني شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً سواء اسنده اولاً وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق او خفياً كالسرقة ونحوها بل عن التذكرة نسبته الى علمائنا اجمع بل لم يحك الخلاف فيه الا من الشيخ في المبسوط فلم يقبل قوله الا بالبينة في التلف بامر ظاهر لعموم البينة لكن رماه بعضهم بالشذوذ والعموم المزبور يجب تخصيصه بالاجماع الظاهر او المحقق المحكي او المحصل بل المقطوع من الائمة عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله فقال نعم ولا يمين عليه ولانه امين محسن قابض لمصلحة المالك فهو اولى من المضارب الذي قد يظهر من جملة من النصوص المفروغية من تصديقه في ذلك ولذا احتيل للاستيثاق بجعل المال بعضه به قرضاً مضافاً الى قول الجعفري لم يخنك الامين ولكن ائتمنت الخائن بناء على ان المراد من هذا شبهه الحكم شرعاً بعدم خيانة كل امين لك وانه متى ائتمنته كان غير خائن ولكن اذا خونته فاللوم عليك حيث انك ائتمنت الخائن بزعمك والى قول الصادق في خبر مسعدة ليس لك ان تأتمن من خانك ولا تتهم من ائتمنت وخبر مسعدة ابن زياد عنه عن ابيه ان رسول الله قال ليس لك ان تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته فتم بل عن ابي علي وابي الصلاح انه لا يمين عليه الا مع التهمة للرسل لا يمين عليه

في انكار الودعي الوديعة

المسئلة السادسة

اذا كان ثقة غير مرتاب بل عن الصدوق والشيخ في النهاية وابن حمزة
انه لا يمين عليه مط بل في الفقيه مضى منها مختارا ض على ان قول المودع
مقبول فانه مؤتمن ولا يمين عليه ولكن الاقوى الاول لقاعدة انحصار
ثبوت الدعوى بالبينة واليمين وكذا يصدق لو ادعى الرد الى المالك
او وكيله على المش بل عن جماعة الاجماع بل ارسلوه في غير المقام ارسال
المسلمات وهو الحجة مضافا الى كونه امينا وهو والى غير ذلك مما سمعته
في دعوى التلف مما يمكن اجراؤه هنا فما في القواعد وغيرها من النظر
في ذلك في غير محله نعم لا يقبل قوله في ذلك فالو ادعى الوارث لانه لم
يأتمنه على كل حال فللمالك ح احلافه على كل حال على الاشبه باصول
المذهب وقواعده اما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن من المالك
في ذلك فانكر المالك فلا ريب في ان القول قول المالك مع يمينه لعموم
قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر الذي هو المالك هنا لانه
هو الموافق للاصل ثم المدفوع اليه ان كذبه فالقول قوله ايضا لان
الاصل عدم الدفع وان صدقه قد ردت العين ان كانت باقية وان كانت
تالفة كان المالك بالخيار بين الرجوع على من شاء منهما ولو صدقه
اي المالك على الاذن وانكر التسليم فكدعوى الرد الذي عرفت الحال فيه
ضرورة كونه ح وكيلا ودعوى الدفع اليه كدعوى الرد على الموكل واما
لو صدقه على التسليم ايضا مع اذن له لم يضمن الودعي بانكار المأذون
وان ترك الاشهاد على الاشبه باصول المذهب وقواعده حتى لو
قلنا به بالنسبة الى وفاء الدين لان مبنى الوديعة على الاخفاء
وفي المسالك عن بعضهم الضمان في الدين والوديعة معا عن اخرهما
ولعله لا يخلو من قوة لعدم تحقق التفريط والتساهل المسئلة السابعة
اذا اقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار لاصل الابداع
فصدقها ثم ادعى التلف قبل الانكار لم تسمع دعواه للمنافية لانكاره
الاول الذي هو بمنزلة الاقرار بالنسبة الى ذلك في حقه فيتناقض ح

في ان للمالك احلاف الودعي بعد انكاره

المسئلة السابعة في اقامة المودع البينة على الودعي بعد انكاره

كلامه ولا يتوجه له يمين ولا اقامة بينة بعد ان كذبها بانكاره الاول
فان حجة البينة ولانه قد حصل منه بانكاره سبب اشتغال ذمته
بالضمان فلا تسمع دعواه لكونه كالاقرار منه بالضمان ثم الرجوع
عنه ولكن في المتن ولو قيل تسمع دعواه وتقبل بينته كان حسنا لعموم
البينة على المدعي ولجواز استناده الى النسيان بل عن الفاضل في
التذكرة اختياره كما عنه في المختلف انه لا تسمع يمينه فلا تقبل بينته
لكن له احلاف الخصم وهو نوع من سماع دعواه فيكون في المسئلة اقوال
ثلثة الا انه لا يخفى عليك ما في الاخيرين المنافيين لاصالة عدم النسيان
وفي المسالك ان فيها قولا رابعا وهو انه ان اظهر لانكاره تأويلا كقوله
ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها او ضمانها ونحو ذلك قبلت
دعواه وسمعت بينته وان لم يظهر له تأويلا لم يقبل وعن الشهيد
الاول اختياره ولكن فيه انه خروج عن مفروض المسئلة بناء على
ارادة ابراز دعواه بالعبارة المزبورة وان كان المراد اظهارها بـ
التأويل بعد ان ذكر العبارة التي ظاهرها انكار اصل الابداع لم
يسمع ذلك منه عملا بظاهر كلامه ومن هنا قال في المسالك بعد
ان ذكر الاقوال اجمع هذا كله اذا كان الجحود بانكار اصل الابداع
اما لو كانت صورته لا يلزمني شيء او لا يلزمني تسليم شيء
اليك او ما لك عندي وديعة او ليس لك عندي شيء فقامت
البينة بها فادعى التلف او الرد سمعت دعواه وبينته لعدم
التناقض بين كلاميه ونحوه ما في القواعد قال فان اقيمت عليه
البينة فادعى الرد او التلف من قبل فان كان صيغة جحوده انكار
اصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الاقوى
لتناقض كلاميه وان كانت صيغة الجحود لا يلزمني شيء قبل قوله
في الرد او التلف من قبل بلا مع البينة وبدونها في الاخير على
رأي ولو اقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان وفي سماع

في سماع قول الودعي بعد انكاره

ببينة بل لا اشكال نعم تقبل لو شهدت بالاقرار والظاهر ان قوله
وفي سماع تكرار لما ذكره اولا وفاقا في الارشاد في باب الوكالة ولو ادعى
على الوكيل قبض الثمن فجحد فاقام بينة على القبض فادعى تلفا او ردا
قبل الجحود لم يقبل قوله في شيء ولا بينة لعدم سماع دعواه ولو ادعى بعد
الجحود ردا سمعت دعواه ولا يصدق لخيانته وتسمع بينته ولو ادعى التلف
صدق للبراءة من العين ولكنه خان فيلزمه الضمان وهو جيد جدا
الا انه اخير المبنى على تصديق الغاصب في تلف العين وقد ذكرنا البحث
فيه سابقا وعلى كل حال ففي التامل فيما ذكرناه يظهر لك ما في المسالك فانه
حيث قال ذ حيث قلنا بقبول بينته ان شهدت بتلفها قبل الجحود برئ
من الضمان ولو شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ومنع
المالك عنها اذ ظاهره ان دعوى التلف بعد الجحود من المسئلة السابقة
بالنسبة الى قبول بينته وعدمها اذ لا يخفى عليك خروجها عن ذلك
اذ لا اشكال في قبولها بالرد والتلف كما سمعته من الارشاد بل هو
واضح والله العالم المسئلة الثامنة اذا اودع ولم يعين له حرزا
مخصوصا وجبت المبادرة الى حرزها المعتاد على المتعارف واذا عين
له حرزا بعيدا عنه وجبت المبادرة اليه بما جرت العادة في المبادرة
للوصول اليه مع فرض عدم القرينة الدالة على خلاف ذلك لعدم
الاذن في وضعها في غيره زائدا على ذلك وحينئذ فان اخر عن ذلك
مع التمكن عقلا وشرعا بل وعادة على معنى مراعاة المبادرة اليه
عادة نحو ما سمعته في رد الوديعة اذا طلبها المالك لها ضمن بلا
خلاف ولا اشكال بالتعدي بالوضع في غيره حينئذ لكن
بل الاقوى بقاؤه على الضمان وان وضعه بعد ذلك بالحرز
مع احتماله بل عن بعضهم القول به الآن استصحاب الضمان بالسبب
الاول شاهد عليه كما انه قد يتوقف الضمان في كل فرد شك
في تحقق المبادرة به لعدم معلومية الاذن معه مع احتمال عدمه

المسئلة الثامنة

في وجوب مبادرة الودعي الى الحرز مع عدم تعيين المودع له

للاصل

١٨٧

للاصل ولو سلمها الى زوجته على وجه الاستقلال بها او الشركة او ولده
او خادمه او غيرهم لتحرزها ولو في ذلك المكان الآن يكون كالآلة للتحفظ منه
ونحوها ضمن لعدم الاذن له في ذلك اللهم الا ان يكون هناك قرائن
حالية او مقالية تدل على ذلك والتوكيل عنه في ذلك مع عدم الاذن من
المالك في وضع يد الغير عليها لا وجه له المسئلة التاسعة اذا اعترف
بالوديعة ثم مات ولكن قد جهلت عينها بالخصوص لتعدد افرادها قبل
خروج الوديعة بعينه فيه او متميزا من اصل التركة على نحو غيرها من الديون للتحقق
ضمانها بعدم تعيينها المصير لها بمنزلة التالفة ح فلو كان له غرماء ضاربهم
التركة حاصهم المستودع ولكن لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه سابقا
عند قوله واذا ظهر للمودع امارة الموت ما فيه من تردد وبحث ونظرا
اذا كان المراد من المتن وما شابهه الحكم بالضمان بمجرد الاعتراف بها من احتمال
الرد الى المالك والتلف بلا تعد ولا تفريط وغير ذلك لاصالة البقاء و
عدم التلف وغير ذلك من المحتملات فيتحقق بقاؤها بل بعينها لها بعدم الاشتباه
على شخصها كما حكي عن الاكثر بل المشهور الا صغيرا وان كنا لم نحققه بل لعل
الظاهر خلافه عند من تامل كلامهم خصوصا الفاضل في القواعد
وغيره فانك قد عرفت عدم صلاحية ما ذكروه لتعلق الضمان الذي هو الاثبات
مقتضى اصالة البراءة بلا واسطة وعدمه وعلى اليد مخصوص بالامانة
المستصحب حكم عدم الضمان فيها بل هو مقتضى اطلاق الدليل وخبر
السكوني مع انه في مال المضاربة قد عرفت الحال فيه سابقا وانه
ظاهر في المعلوم بقاؤه في التركة ولم يثبت تقصيره بعدم الاشهاد
خصوصا مع ملاحظة حال المسلم المحمول على الوجه الصحيح فعلا وتركا
مع التسليم فالمتجه الشركة او القرعة او الصلح القهري في وجه او نحو
ذلك مما يتقدم به على الغريم الذي حقه متعلق بالتركة وبعبارة
لا مال الغير المشتبه بمال المودع وبالتامل فيما ذكرناه هنا وهناك بل
وفي باب المضاربة يظهر لك التشويش في كلام جملة من الاعلام في عدم

فيما اذا جهلت الوديعة بعد موت الودعي

المسئلة التاسعة

المسئلة العاشرة

اذا ادعى الوديعة اثنان مع اعترافه باصل الوديعة

تشخيص موضوع ما حكموا به من الضمان على اشكال وعدمه بل في اصله او في كيفيته فلاحظ وتدبر المسئلة العاشرة اذا كان في يده وديعة ادعاها اثنان فان صدق احدهما قبل واحلف للآخر على البت كما انه عليه المتولد ثم يستقر ملكه على العين وان نكل الودعي عن اليمين حلف المدعي انه لم يقبض بالنكول واغرم له المثل او القيمة وثبت الاقرار له وفي الحلف على الاقوى بناء على ان اليمين المردودة كالاقرار او اصل برأسه بل في المسالك الحكم بذلك وان قلنا بكونها كالبينة اذ هي فيحق المتداعيين الذي اقتضى تغريم المثل او القيمة بسبب حيلولته بالاقرار الاول لا في حق الثالث وفيه بحث يظهر من تنويعهم مسئلة رد الوكيل على البيع على مدعي الفسخ مثلا بالنسبة الى الرجوع بالثمن على الموكل او الوكيل على كونه كالاقرار او البينة والموكل ثالث عنها ولو اقر لهما على سبيل الاشتراك فقد كذب كل واحد منهما في دعوى الجميع وصدقه في النصف البعض فيقسم بينهما ويكون حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة الى الودعي وبالنسبة اليهما ويبقى النزاع بينهما في النصف فان حلفا او نكلا قسم بينهما وان حلف احدهما خاصة قضي له ولا خصومة لهما مع الودعي ولو كذبهما معا فكذلك في انتفاء دعواهما لان اليد له ولكل منهما احلافه على البت لا فان نكل عن اليمين ردت عليهما وصارا في الدعوى سواء لان يدهما خارجة فان حلفا او نكلا قسمت بينهما وان حلف احدهما خاصة اختص بها وان قال هي لاحدهما ولا ادري من هو على التعيين فان صدقاه في نفي العلم فلا خصومة لهما معه وتبقى الخصومة بينهما والحكم كالسابق لكن هنا يحتمل جعلهما بمنزلة ذي اليد لا الخارج بخلافه فلا ولو العرف عدم اليد لاحدهما في الاول حتى بالنسبة الى اعتراف الودعي هما خارجا عنها على التقدير بخلافه هنا فان ذا اليد معترف بان اليد لاحدهما فليس احدهما اولى من الآخر على تقدير الاستنابة ويحتمل مساواته للاول لعدم ثبوت اليد لاحدهما بل العلة لا فرق وتظهر فائدة اليد وعدمها عند تعارض

في ان للودعي تكذيب مدعيي الوديعة

البينات على ما سيأتي ان شاء الله وان كذباه في عدم العلم ويكفي يمين واحدة في وجه فادعى كل واحد منهما علمه بالمالك فالقول قوله مع يمينه لكن الحلف هنا على عدم العلم ويكفي يمين واحدة في وجه لان المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال لمعين عنده في السابق فانه ينفي استحقاق كل واحد ويحلف له وقيل يحلف لكل منهما يمينا فان كلا منهما مدع فيدخل في عموم الحديث السابق ولعله الاقوى حذرا فالمسالك فالاول على كل حال فاذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما واختلف هنا فقيل يقرع بينهما فمن خرج اسمه وحلف سلمت له اليه وقيل يوقف حتى يصطلحا والقولان محكيان عن الشيخ الا انه قد يتوقف في اليمين على من خرج اسمه بل لعل الاقوى انهما يحلفان ويقسم بينهما لتكافؤ الدعوى بعد تساويهما في الحجة وهو مقتضى القسمة كما لا يكون الامر مشكلا والايقاف حتى يصطلحا ضرر منه والاصطلاح غير لازم ولو نكل عن اليمين وحلفا على علمه اغرم القيمة مع العين لان يمينهما اقتضتا ان يكون عالما بالعين لكل واحد بخصوصه وبانكاره حصلت الحيلولة بين المستحق وحقه فوجب ان يغرم القيمة ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لاحدهما رجحان فيجعل العين والقيمة معا في ايديهما وهل يقسم بينهما بحلفهما كما او يتوقف حتى يصطلحا القولان وفي المسالك يمكن ان يقال هنا بان القسمة بينهما يتوقف على حلفهما ثانيا لا استحقاقا لان اليمين الاولى لم تثبت ولذا لما اغرم مع القيمة لهما وليكن حلفهما ابتداء على الاستحقاق قسمت العين بينهما فقط وان قال لا ادري لمن هي

اذا ادعى على الودعي العلم عند قوله لا ادري

لهما ام لاحد كما ام لغيركما وادعيا عليه العلم فالقول قوله في نفيه كما مر فاذا حلف اقرت في يده حتى يثبت لها مالك وليس لاحدهما تحليف الآخر لانهما لم يثبت لهما ولا لواحد منهما عليها يد ولا استحقاق بخلاف الصورة السابقة فانه ادعيا او احدهما علمه فتصح الدعوى كان عليه اليمين ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها اليهما مع حلفهما على الاستحقاق دعواهما لهما على القيمة لو حلفا على علمه احتمال لانحصار الحق فيهما ثم

المسئلة الحادية عشر في اختلاف قيمة الوديعة مع فرض التعدي

المسئلة الثانية عشر في وجوب تسليم الوديعة الى الوارث بعد موت المستودع

ظاهرًا ولا منازع لهما الآن ويحتمل العدم لعدم حصر ذي الحق فيهما ثم ان ما في المتن من الاقرار في يده قبل انه شامل للقسمين المشتملين على عدم علمه بخصوص المالك وهو جيد في الاخير لان يده يد امانة لم يتعين لها مالك يجب الدفع اليه والحق ليس منحصرًا فيهما حتى يتوهم سقوط امانته بمطالبتهما واما اقراره في الاول ودفع الشيء لمتصل اليهم لعدم تعين المالك لكن قد يشكل باعتبار انحصار الحق فيهما ومطالبتهما معًا اياه ولذا حكي من الشيخ ايضًا القول بانتزاعها منه ولكن ضعفه في المسالك بان المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجامعها التسليم وهنا ليس كذلك فلا يترتب عليه رفع الامانة وفيه منع واضح نعم يتجه ما في المختلف من رد الامر الى الحاكم واستحسنه في المسالك والله العالم المسئلة الحادية عشر اذا فرط او تعدى فتلف المال واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه لخروجه من الامانة المقتضية لسماع قوله وللمرسل وقيل القول قول الغارم مع يمينه وهو اشبه باصول المذهب وقواعده لاصالة البراءة والخروج عن الامانة لا يخرجه عن حكم المنكر ولذا كان الحكم كذلك في الغاصب ايضًا ولم يثبت خبر صالح لقاعدة المدعي والمنكر كما هو واضح المسئلة الثانية عشر اذا مات المودع سلمت الوديعة الى الوارث فان كانوا جماعة سلمت الى الكل او من يقوم مقامهم بوكالة او ولاية ولو سلمها الى البعض من غير اذن ضمن حصص الباقين بلا خلاف ولا اشكال والله العالم كتاب العارية بتشديد الياء وقد تخفف نسبة الى العار اي العيب او العارة مصدر ثان لاعرته وعن بعض ماخوذة من عار يعير اذا جاء وذهب ومنه قيل للبطال العيار لتردده في بطالته فسميت عارية لتحولها من يد الى يد وعن آخر انها ماخوذة من التعاور والاعتوار وهو ان يتداول القوم الشيء بينهم وعلى كل حال فهي عقد يعتبر فيه انشاء الربط بين الايجاب والقبول لا ايقاع يكفي فيه الاذن في الانتفاع من المالك اذ هو غير الاباحة التي منها الانتفاع

بيان ثمرة العقد

يجوزون الهدايا بالاكل ونحوه مما جرت السيرة به والانتفاع الضيف في الدار والفراش والاواني ونحوها لان العارية المزبورة اللهم الا ان يقصد ذلك الضيف بخصوصه وبقبله فعلا او قولا لهذا العنوان ثم هي عاصب ما سمعته في العقود اللازمة تقع بالايجاب والقبول اللفظيين وهما العقد بالمعنى الاخص وبما قيل منه انهما اذا كان القبول فعليا واما اذا كان فعليين او كان الايجاب فعليا فهو من المعاطاة فيها ودعوى انها من العقد ايضا كدعوى عدم مشروعيتها بالفعليين او فعلية الايجاب لا ينبغي ان يصغي اليها خصوصا بعد استمرار السيرة الكاشفة بعنوان العارية على خلاف ذلك فمن الغريب دعوى بعضهم ان الانتفاع بضروف الهدايا من العارية لانه انتفاع بملك الغير بغير اذنه وان لم يكن لفظا بل شاهد الحال ضرورة عدم الاكتفاء بذلك في تحقق العارية من دون انشاء قصدها من الطرفين وجواز الانتفاع بالاذن الحاصل اعم منها كما هو واضح وخصوصا ما لو كان بطريق الفحوى القطعية او شاهد الحال ومن ذلك يظهر لك ما في الروضة والرياض وغيرها خصوصا الاخير منهما ان الاذن في الانتفاع باعيان الصديق المفهوم من فحوى الاذن شرعا بالاكل من بيته مع التسليط من العارية قطعا انما هو من الاباحة الشرعية على حسب الحال في غيره من البيوت التي قد تضمنتها الاية نعم قد يستفاد من ذلك التسامح في عقد العارية التي ثمرته اباحة المنفعة التي يكتفي فيها بشاهد الحال ونحوه كما اومأ اليه الفاضل في التذكرة فلاحظ وتامل وعلى كل حال فقد ذكر المصنف في تعريفها انها عقد ثمرته التبرع بالمنفعة ويقرب منه ما وقع لغيره ولكن قد ذكرنا غير مرة ان اكثر التعاريف للاصحاب في الكتب المعاملات تشبه التعاريف اللغوية التي يراد منها التمييز في الجملة لا تمام الاطراد والانعكاس فمن الغريب نقض طرد تعريف المصنف هنا بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة واغرب منه من التزام الجواب عن ذلك

بانها فی معنی العاریة وان کانت لازمة وغایته انقسام العاریة الی
جائزة ولازمة فالاعارة للرهن ضرورة کون هذه العقود فی الاصطلاح
متباینة مختلفة اللوازم والصیغ وادخال بعض فی بعض بمجرد المشارکة
فی بعض الخواص اصطلاح مردود وهذا لکن فی المسالک بعد ان ذکر ذلک
قال واضیف الخلل قبل الجواز فتقبل عمریه التبرع بالمنفعة مع بقاء
الجواز بنحوه خرجت هذه العقود وبقیت السکنی المطلقة فانه یجوز
الرجوع فیها متی شاء المسکن کما سیاتی انتهی وقد یلتزم فیها بانها عاریة
لتحقق المعنی فیها مطلقا ولا یقدح الصیغة لان العاریة لا تختص بلفظ
بل کلما دل علی تسویغ الانتفاع بالعین تبرعا والسکنی المطلقة تقتضی
ذلک والکن تبقی العاریة اللازمة خارجة فیحتاج ادخالها الی قید
آخر او التزام جواز الرجوع فیها بالنسبة الی المستعیر وان لم یؤثر
بالنسبة الی المرتهن وتظهر الفائدة فی وجوب السعی علی الراهن وتحصیلها
بما امکن ووجوب المبادرة الی ردها عند الفک علی الفور بالمطالبة
السابقة ولو قلنا انها اثرها وانها لازمة من طرفه لما انتفت
هذه اللوازم والاول لیس ببعید من الصواب هو کما تری من غرائب
الکلام خصوصا بعد اعترافه بالمباینة بین هذه العقود مفهوما
والجواز واللزوم انما هو امر خارج ومن المعلوم ان مفهوم الرقبی
والسکنی والعمری واحد وان الاختلاف انما هو فی التقیید والاطلاق فیها
فلا فرق فی المباینة بین السکنی وغیرها خصوصا علی القول بافادتها
الملک للمنفعة کما عن الشیخ التصریح به علی ان التحقیق فی الفرق
بین کثیر من افراد مفاهیم المعاملات بالقصد الذی هو المشخص
فی اندراج الفرد فی مفهومه حیث یشخص صدق الفعل المشترک اذ لیس
فرق فی العقد بین الصلح عن العین الجامعة لشرائط البیع مثلا
وبین بیعها بالنسبة الی انشاء قصد النقل بعوض معلوم فی کل منها
الا بقصد الصلحیة او البیعیة المدلول علیها بذکر الصیغة او غیره
من القرائن

عاریة
من القرائن وکذا بالنسبة الی الفرق بین الصلح علی المنفعة التی یتعلق بها الا
وبین عقد الاجارة وکذا ما نحن فیه فان قصد السکنی والعاریة کاف
فی تشخص کل منهما بعد تباینهما ذاتا کتباین الصلح والبیع فالتزام کون
السکنی عاریة مطلقا ذکرها المحکی الجواز لا ینبغی صدوره من مثله کما لا
ینبغی صدوره الجواب عما اورد علی نفسه من العاریة المعاریة اللازمة
الذی لا ینتهی نحو عاریة الدین وانما التحقیق فیه ان بناءها علی الجواز
الذی لا ینافیه عروض اللزوم من جهة اخری کتعلق حق الغیر ونحوه
کما لا ینافی لزوم البیع عروض الجواز له بسبب من اسباب الخیار ونحو
ذلک وغیره مما ذکرناه فی غیر المقام نعرف ما فی جملة من کلام
الاعلام حتی ما اورده بعضهم نقضا علی التعریف بانه ینتقض بما
عرتک حمارک مثلا لتعیرنی فرسک لعدم التبرع فیه اذ هو کما ترن
من انه اذا فرض ارادة العوضیة فیه علی وجه ینافی التبرع لم یکن
عاریة صحیحة والا فلا ینافی التبرع ونستوفی تحقیق الحال فیه ان شاء الله
فی اخر کتاب العاریة کما ان منه ایضا ظهر لک ان عقدها یقع بکل
لفظ اشتمل علی الاذن فی الانتفاع بعنوان العاریة من طرف الموجب
ویدل علی تبعد ذلک من طرف القابل اداء معا قائما بغیر ذلک
الان صورة فعلیة القبول ولفظیة الایجاب فقد عرفت احتمال
کونها من العقد ایضا وتقدم فی الودیعة ما یزید تحقیقا فی
المقام وکیف کان فهذا لیس بلازم لاحد المتعاقدین بلا خلاف
معتد به اجده بل العل الاجماع بقسمیه علیه من غیر فرق بین
الموقت وغیره خلافا للمحکی عن ابن الجنید من الحکم باللزوم من طرف
المعیر فی اعارة الارض للزراعة مدة للغرس او البناء ولا ریب فی
ضعفه نعم قد استثنی من ذلک مواضع منها العاریة للرهن التی
قد تقدم بعض الکلام فیها آنفا وفی کتاب الرهن ومنها عاریة
الارض لدفن المیت المسلم ومن فی حکمه التی ستذکرها المتن ومنها

بیان وقوع العقد بکل لفظ یشتمل علی الاذن

ما يترتب على الرجوع فيها ضرر لا يستدرك كعارية اللوح للسفينة في لجة البحر المستلزم رجوعه للغرق المتلف للنفس والاموال ومنها عارية الحائط لوضع جذوع الخشبة عليه المثبت طرفها الاخر في ملك المستعير مثلا ومنها عارية الارض للزرع ومنها عاريتها للبناء والغرس مدة معلومة الى ان الجمع كما ترى ضرورة عدم اقتضاء امتناع فسخ الانتفاع الواقع باذن المالك وحرمة النبش والاضرار بالغير رجوع العين لزوم العقد ضرورة امكان بقاء العقد على الجواز وتحقق الانفساخ وان منع مانع خارجي عن رد العين الى مالكها كما لو فرض نحو ذلك في بعض الامثلة الاجارة التي تحققت بمقابل اوحيانا او نحو ذلك فانه لا اشكال في تحقق الفسخ وان منع من رد العين مانع اخر وربما ترتب له الاجارة في بعض الافراد وبالجملة ان دعوى لزوم عقد العارية في الامثلة المزبورة على حد تكون به كغيره من العقود اللازمة التعليلات المذكورة في كلامهم من عدم فسخ عقد الرهن وحرمة النبش والاضرار ونحو ذلك تمام الممد خليقة له بعد التسليم في البعض الاتي عدم رد العين واصحة الفساد ولعله لذا اطلق المص وغيره جواز هذا العقد من غير استثناء لهذه الافراد حتى من معتقد الاجماع مع ذكر المص حكم هذه الافراد فيما ياتي لكن بعنوان دعوى لزوم عقد العارية فيها فلاحظ وتامل اذ يمكن ارادة مدعي اللزوم فيما او في بعضها عدم السلطنة على استرداد العين وتفويتها مما فيه لوجود المانع محلا لارادة لزوم نفس العقد فيجد الاعتبار استثناءه بل لعل ذلك مقطوع به اذا احتمال انهم ولو للاعلى اللزوم ولم يحمل البيان غاية البعد خصوصا بعد تصريحهم بالاستدلال على اللزوم بما عرفت مما لا يقتضي هو لزوم العقد والله العالم وكيف كان فالكلام في فصول اربعة الاول في المعير فلابد ان يكون مكلفا جائز التصرف فلا يصح عارة الصبي

الكلام في فصول اربعة الاول

والمجنون

ولا المجنون لما لهم السلب عبارتهما وفعلهما في المعاملات وكذا لا يصح اعارة المحجور عليه لفلس او سفه بناء على عدم جواز مثل هذا التصرف لهما وكان الاولى الاستغناء بجواز التصرف من التكليف الذي اقتصر المص في التفريع عليه والامر سهل اما الكلام في قول المص ولو اذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة كالمحكي عن الارشاد وانما تصح من جائز التصرف ولو اذن الولي للطفل صح ان يعير مع المصلحة والتحرير واللمعة وغيرها يجوز للصبي ان يعير اذا اذن له الولي وعن التحرير تقييده بالمميز فلان الاذن لا تجعل المسلوب غير مسلوب كما هو مفروغ منه في غير المقام وكون العارية من العقود الجائزة لا يقتضي ذلك والا لجازت مضاربته ووكالته باذن الولي ودعوى كون الاذن من المالك بمنزلة الايجاب منه لان المدار في العارية على رضا المالك فهو وان يفيد معها عدم الفرق بين المميز وغيره بل وبينه وبين المجنون بل بين هذا العقد وغيره من العقود الجائزة بل وبينه وبين المعاطاة في البيع وغيره ضرورة رجوع ذلك الى كون الصبي الة الايجاب والانشاء بفعل الولي الذي هو الاذن منه ولا يساق الصبي ونحو ذلك ثم ينبغي اعتبار قصد الولي انشاء الايجاب بذلك وهو خلاف ظاهر العبارات السابقة المبني على اختصاص العارية بهذا الحكم ولو جعل الاذن الولي وامره على الصبي فعلا للولي كما جعل امره له بافعال الحج موجبا للصحة في الجملة الا ان ذلك متوقف على دليل اختصاص العارية بذلك ولعله السيرة المعتضدة بهذه الكلمات من الاعتماد وارسال المسلمات ولكن ينبغي اختصاص ذلك باذن الولي في عارية ماله مثلا اما تولية ما عن غيره فلا يجوز ولعله لذا اطلق المص متصلا بما سمعته من الكلام السابق وكان المراد ان العارية عن نفسه كذا لا تصح وكالة عن غيره لما عرفت من سلب قوله وفعله في ذلك حتى مع اذن الغير الذي هو المالك

الفصل الثاني

بل ومع الاذن من الولي ايضاً بناءً على اختصاص السيرة بعارية
ماله باذن الولي دون مال غيره اللهم الا ان يترك ذلك من المتم بغرمه
ما تقدم له على حال عدم الاذن من الولي اما معها فلا نعرف وجهاً يحجبه
تعميم الحكم لكن لا انصاف في عدم خلو المسألة من اشكال حتى في الاول الفصل
الثاني في المستعير ولا بد ان يكون مكلفاً فلا يصح اعارة الصبي والمجنون
لما عرفت من سلب عبارتهما وفعلهما فلو اعارهما كان في ضمانهما الاهمال
ما تقدم في الوديعة بل لا بد ان يكون معيناً ايضاً فلو قال اعرت احد
هذين لم يصح للاصل بعد قصور تناول الادلة لمثل ذلك نعم لو اريد
من ذلك وقبلا معاً امكن الصحة كما لو قال اعرت كتابي هذا لهؤلاء
العشرة فقبلوا جميعاً فانه يصح بالنسبة الى الكل منهم بمعنى ان له الانتفاع مستقلا
اذ لا مانع من اجراء حكم المستعير على كل منهم فان العارية قسم من الاباحة
الصالحة لذلك فيحمل عليه او ان يصح بارادة الاجتماع وهكذا في
غيره من العقود التي تقبل ذلك ففي مثل البيع والاجارة ونحوهما مما
لا يقبل قرينة الاشتراك عن منعهما لعدم معقولية ملك كل منهما التمام
المبيع وتمام المنفعة بزائد على الشركة فلا من حاجة فيه وعلى كل
حال فلا اشكال في صحة العارية في الفرض لعموم الادلة بل في كونه
تصح العارية لغير المحصور من العدد كقوله كل الناس واي احد من
الاشخاص ومن دخل الدار فله الاكل معي وان لم يكن عاماً كاي رجل
واي داخل على ان احد التخصيص او الاشخاص فانه مجهول وان
كان قد بيّنا فيما يتبع تحقق العقدية او ما في حكمها من المعاطاة مثل
ذلك ضرورة عدم قصد الربط بين الايجاب والقبول من الجانبين
ولست العارية الا اباحة وقد عرفت سابقاً تصريحه بان من
بسط بساطاً مخصوصاً لصنف مخصوص وبين من كان له بساط
معد لها لمن يأتيه من الضيوف فجعل الاول عارية والثاني اباحة
وعدم اعتبار المقارنة بين الايجاب والقبول في العارية لا يقتضي

جواز

جواز الانتفاع بما جرت العادة به

جواز ذلك والالحاق ذلك في الوكالة والوديعة ونحوهما على جهة
تحقق عقدها بذلك وكيف كان فللمستعير الانتفاع بما جرت
العادة به في الانتفاع بالمعار فانها المرجع في نوعه وقدره وصفته
فلو اعاره بساطاً اقتضت فرشه او لحافاً التغطية به او حيواناً
للحمل اقتضت تحميله القدر المعتاد بالنسبة الى ذلك الحيوان وذلك
المحمول وذلك الزمان وذلك المكان ولو تعددت منفعة العين ولم
يكن ثم انصراف الى بعضها فان عين نوعاً منها تعين وان عمم جاز
الانتفاع بجميع الوجوه بل لعل ذلك مع الاطلاق ايضاً على الاقوى وفاقاً
للمسالك ما لم تكن قرينة على خروج البعض ولو نقص من العين شيء او تلف
بالاستعمال من غير تعد لم يضمن وان كان هو مباشر التلف وكان
سبباً فيه الا ان يشترط ذلك في العارية بناء على اعتبار مثل
هذا الشرط للنص والاجماع على ما يشبهه كما تعرفه انشاء الله والحجة
في ذلك واضح لانه استعمال مأذون فيه وبناء العارية على النقص
بالاستعمال وقول الصادق في صحيح ابن سنان المسؤول فيه عن العارية
لا غرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأذوناً ولعله لذا قطع
بالحكم من دون نقل قول هنا ولكن في المسالك ما قطع به المصنف هو
اصح من القولين وفيه وجه آخر وهو ضمان المتعلق في آخر حالات
التقويم لان الظاهر عدم تناول الاذن للاستعمال المتلف وان كان
داخلا في الاطلاق نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن
وسيأتي الكلام فيه ونحو ذلك وقع له في الروضة عند شرح
قول الشهيد في اللمعة ولو نقصت بالاستعمال لم يضمن فانه
وتقييده بالنقص قد يفهم منه انها لو تلفت به ضمنها وهو
احد القولين في المسألة لعدم تناول الاذن للاستعمال
المتلف عرفاً وان دخل في الاطلاق فيضمنها آخر حالات التقويم
وقيل لا يضمن ايضاً كالنقص لما ذكر من الوجه وهو الوجه والظاهر

ان الذي او فعله في ذلك المحقق الثاني فان الفاضل في القواعد قال ويجب رد العين مع الطلب والمكنة فان اهمل ضمن ولو تلف بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فاشكال ينشأ من استناد التلف الى ماذون فيه ومن انصراف الاذن غالبا الى استعمال غير متلف فان اوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت او استعملها ثم فرط فانه يضمن القيمة يوم التلف فان النقص غير مضمون على اشكال وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة فلو نقص من العين شيء او تلفت بالاستعمال فلا ضمان الا ان يشترط ذلك في العارية فقال في شرحه لا يخفى ان هذا مناف لما سبق في كلامه من الاشكال في كل من المسئلتين ولو حملت العبارة السابقة على استعمال غير ماذون فيه وهذه على ماذون فيه لم يتجه الاشكال في تعيين الضمان قطعا ولو حملت هذه العبارة على ان الباء التي في قوله بالاستعمال بمعنى مع فيكون التلف لا بسبب الاستعمال لا يندفع التنافي الا انه بعيد عن الظاهر وقال في شرح العبارة السابقة الذي يقتضيه من الاستعمال التلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية فلا يستعقب ضمانا واختاره في التحرير وفيه قوة نعم لو شك في تناول اللفظ اياه فالضمان قريب ولا استبعد ان يكون من صور الثاني ما لو اذن له بلبس الثوب ولم يزد فجلا في ماله اذن في كل لبس او في لبسه دائما لان اذنه في لبسه في الجملة لا يقتضي الاذن في كل لبس قلت لعل التامل الجيد يقتضي ان هنا مقامين احدها النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ولو من جهة الاتفاق في مثل تلك العين كالو استعار دابة للركوب او الحمل فلم يزد على المعتاد واتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال لعثرة او نحوها وهذا هو المناسب للاشكال في الضمان به باعتبار اقتضاء اطلاق عقد العارية وعدمه الا مع التضييع ولعل الضمان

به حتى وجه كما اوضحه المحقق الثاني وبذلك ظهر لك الفرق بين المقامين ووجه الجزم من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الضمان في الاول منهما بخلاف الثاني الذي قد ذكر مثاله الفاضل بقوله كثوب انمحق باللبس فتأمل فان التحقيق في المسئلة ذلك وان ابيت عن قبوله تنزل بعض العبارات عليه والله العالم وكيف كان فيعتبر في المستعير ان تثبت سلطنته على العين المستعارة فلا يجوز للمحرم ان يستعير من محل صيدا لانه ليس له امساكه بل يجب عليه ارساله ولو فعل ثم امسكه ثم ارسله ضمنه وان لم يشترط عليه ذلك في العارية ووجوب ذلك عليه لا ينافي ضمانه للمالك وان اقدم على اعارته لمن يكون تكليفه اتلافه بالارسال فان ذلك لا يقتضي رفع حرمة ماله كما لا يقتضي ابطال سببية الضمان الحاصلة من عموم قوله من اتلف مال غيره فهو له ضامن وعدم الضمان بالعارية الفاسدة لقاعدة عدمه في الصحيح منها مع تسليمها في صورة العلم انما هو في التلف بغير تفريط لا الاتلاف ودعوى عدمه في المقام ايضا باعتبار كون تكليفه ذلك يمكن منعها اولا لامكان دعوى وجوب تسليمه الى صاحبه جمعا بين حق المخلوق وحق الخالق وثانيا بعد تسليمها يمنع مادل على عدم ضمان العارية في الفرض لانه ان لم يكن منساق فيبقى عموم من اتلف واصالة احترام المال بحاله وعلى كل حال فمن ذلك ظهر لك انه لا وجه للاشكال في الجزم بالضمان من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الدليل عليه لقاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده ضرورة كون المراد الضمان في الفرض المزبور لا ما اذا تلف في يده من غير تفريط فيه كي يتجه عليه الاشكال المزبور وان كان ما طلا فيهم يوهم ذلك لكن من المعلوم ارادتهم الذي ذكرناه فانه الموافق لذكر مسئلة المحرم بخصوصه ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل اي اخذه بصورة العارية جاز اخذه للمحل لان الاصل ولكن ملك المحرم زال عنه بالاحرام فاخذه ح منه كما لو اخذه من الصيد ما ليس بملك فيملكه ح بالاستيلاء او مع نية التملك على الوجهين

بيان عدم جواز استعارة المحرم الصيد

في تلك المباح وحرمة الدفع الى المحلّ على المحرم لتغيّر الارسال عليه لا ينافي
جواز الاخذ للمحلّ وليس هو من الاعانة على المحرّم قطعًا واوجب الفداء على
المحرّم مع التلف في يد المحلّ وبذلك يرتفع دعوى التنافي في عبارة
المصنف مع انه لا يرتجل بعد وضوح المقصد وهو ارادة الفرق بين صورة
العارية من المحلّ للمحرم وبالعكس كما هو واضح لمن تأمّله العالم ولو استعار مستعير
من الغاصب وهو لا يعلم بغصبه كان قرار الضمان للمنفعة الفائتة
على الغاصب لغروره وان كان للمالك ايضًا الزام المستعير بما استوفاه
من المنفعة او فاتت في يده لعموم من اتلف وعلى اليد كما هو المشهور بين
الاصحاب في المقام وفي الغصب عند ذكر حكم الايادي المترتبة على يد الغاصب
ولكن يرجع المستعير على الغاصب لانه اذن له في استيفائها بغير عوض
وعلى ذلك اقدم فهو مغرور حينئذ فيرجع عليه لقاعدة المغرور
يرجع على من غرّه والوجه عند المصنف والفاضل تعلق الضمان بالغاصب
فليس له حينئذ الرجوع على المستعير لانه اقوى في الاتلاف وان حصل
في يد غيره الا انه لما كان جاهلًا مغرورًا فالغاصب العالم
الغار صار هو اولى في نسبة الاتلاف فكذا لو تلفت العين في
يد المستعير ولم تكن مضمونة عليه بل قيل ان الرجوع عليه ظلم
محض لانه جاهل الا ان ذلك كما ترى لا يقتضي عدم الرجوع على
المستعير بقاعدة اليد والاتلاف وقول علي في المرسل وخبر اسحق
عن ابي عبد الله عم وابي ابراهيم اذا استعيرت عارية بغير اذن
صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن فانما يتوجه الضمان له الرجوع
بقاعدة المغرور وهو لا ينافي اصل ضمانه اللهم الا ان يقال ان
قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده تقتضي ذلك
ولعلها المدرك في الحكم بعدم الضمان لا ما في المسالك من الاول
ومن الغريب ما فيها من موافقة على جريانها في المقام حتى استدل
بجزء الاثبات منها على ضمان الجاهل في العارية المضمونة مع انكاره

بيان تعلق الضمان بالغاصب في بعض الفروض

على المصنف الحكم بعدم الضمان نعم يمكن الرد على المصنف بانكار الدليل عليها في
المقام اذ من المعلوم بان المسلّم من هذه القاعدة ما وافق الادلة منها
ضرورة عدم دليل بالخصوص عليها وليس الفاسد من حيث كونه
فاسدًا يترتب عليه ما يترتب على الصحيح بل مقتضى فساده عدم ترتب
الاثر الصحيح عليه كما هو واضح وليس في الادلة ما يوافق مضمونها بل
قد عرفت ان قاعدة اليد وعموم من اتلف والمرسل والخبر الضمان ولكن
اقتضت قاعدة الغرور الرجوع على الغاصب ودعوى الاجماع عليها
معلومة الفساد في المقام اذ المشهور بين الاصحاب الضمان هنا مع الجهل
وان رجع بقاعدة الغرور كدعوى عموم ما دل على عدم الضمان
بالعارية للمقام لانها اسم للاعم من الصحيح والفاسد ضرورة تخصيص
العموم بالخبر والمرسل السابقين المعتضدين بالشهرة بين
الاصحاب التي هي المرجحة ايضًا لعموم من اتلف وعلى اليد عليه بل
قد يدعى انسياق الصحيح من اكثر هذه الاحكام فلا تعارض حينئذ
ومن ذلك وغيره يعلم عدم كون المقام فردًا من القاعدة المزبورة
او خارجًا عنها لحال العلم للمستعير الذي اشار اليه بقوله اما لو
كان عالمًا كان ضامنًا ولم يرجع على الغاصب بشيء لعدم غروره
ولانه غاصب بل لو اغرم المالك الغاصب المعير حينئذ له الرجوع
عليه يرجع هو على المستعير الذي استقر الضمان عليه بحصول التلف
عنده مع عدم غروره بل الاقرب انه يرجع عليه ايضًا بقيمة العين لو رجع
عليه المالك وان كان جاهلًا اذا كان قد اقدم على العارية باشتراط
الضمان او كانت ذهبًا او فضة لعدم غروره حينئذ بل هو كالمستعير
لو عد منه ما يقتضي الضمان من تعدّ وتفريط نعم لا يرجع بعوض
المنافع التي استوفاها المستعير بعنوان العارية لو رجع عليه
الغاصب لاقدامه عليها مجانًا بل هو يرجع على المعير الغاصب لو
رجع المالك عليه بها لقاعدة الغرور لكن قد يناقش بما عرفت

الحكم بالضمان لو كان عالمًا

من ظهور ادلة ضمان العارية المشترط فيها الضمان واذا كانت ذهبًا
او فضة في الصحيح منها اما الفاسدة فلا يترتب على الشرط فيها وعلى
كونها ذهبًا او فضة ضمان من هذه الجهة وانما يترتب الضمان بقاعدة
اليد فالجري بين التلفين رجوع المعير عليه بقيمة العين باعتقاد
صيرورتها عوضًا شرعيًا عمّا اتلفها برجوع المالك عليه والغرض عدم
عدم الغرور منه الآن بقي ذلك يقتضي رجوع المستعير على المعير
ايضًا لو رجع عليه المالك في العارية المضمونة وان لم يكن ثمّ غرور لكنه
باداء قيمة العين المضمونة عليه للمالك نحو ما سمعته في رجوعه
عليه للفرق الواضح بينهما بحصول التلف في يده الذي هو سبب في
شغل ذمته بالقيمة للمالك بخلاف الاول الخاطب في الحقيقة برد
العين او قيمتها من هي في يده او لا وجه لخطابها بقيمتين والدليل
المختصة بالجبار ولا دليل عليها بل الظاهر الادلة خلافها فلا يبعد ح الا
ما ذكرنا من كون القيمة في ذمة من حصل التلف في يده والآخر
مخاطب بارجاع ذلك منه والا فبالغرامة عنه فاذا ادى صار
ما ادى عنه له عوضًا شرعيًا اذ لا وجه لملك الغاصب فقام
الاذن الشرعي بالاداء مقام الاذن منه بذلك بخلاف ما لو ادى
هو فانما يؤديه عن نفسه وبذلك اتضح محل الرجوع على من حصل
التلف في يده من ذي اليد لا يبس للتعاقبة دونه الا اذا كان مغرورًا
فانه بقاعدته يستحق الرجوع بما يغرمه على غيره وبذلك اتضح لك هنا
رجوع المعير على المستعير العالم لو رجع عليه دونه وكذا الجاهل
بالقيمة اذا كانت العين مضمونة عليه لان المسألة من واد
تعاقب الايدي فتأمل جيدًا فانك لا تجد تحقيق ذلك في غير هذا
الكتاب بل هو التحقيق في اطراف المسألة وعنده يعلم التشويش في جملة
من كلماتهم خصوصًا ما حكي عن التذكرة الفاضل في تقريب ذكره
من انه لو استعار من غير المالك عالمًا او جاهلًا ضمن اذ استقر الضمان

عليه

عليه لان التلف حصل في يده ولا يرجع ولا يرجع على المعير ولو رجع
المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير اذ هو كان ترتب منافي لقاعدة
الغرور في الجاهل وكذا ما حكاه في المسالك عنها وعن القواعد في
مسألة المستعير من المستعير من اطلاق الاشكال في رجوع المستعير
على المعير لو رجع عليه مطلقًا وفي رجوع المعير على المستعير الجاهل مع
حكمه في المستعير من الغاصب بخلاف ذلك ولا يخفى عليك ما في ذلك و
لا ما في الذي ذكره في المسالك وغيرها هنا من الدليل بعد الاحاطة بما
ذكرناه الذي هو من فصل الخطاب المودع عند ائمة اولي الالباب والله
الهادي الى الصواب الفصل الثالث في العين المستعارة وضابطها المستفاد
من الفتوى ومعقد الاجماع ونفي الخلاف ولا اقتصار على المتيقن
من اطلاق النص عدا ما خرج من المحذو بدليله هو كل ما يصح الانتفاع به
شرعًا مع بقاء عينه منفعة معتدًا بها عند العقلاء ولو غير
معتادة من تلك العين كالثوب والدابة والدار والدراهم للتزين بها
او للاريا بها ونحوهما لا مثل الاطعمة والاشربة ونحوها
لارادة الانتفاع بها بالاكل والشرب ونحوهما مما يكون منفعة بالاتلاف
عينه ولا مثل اواني الذهب والفضة للاكل والشرب وكلب الصيد للهو
والطبول والجارية للاستمتاع بلا خلاف ولا اشكال في شيء من ذلك
نعم في الرياض الآتي المقصود ويشير لهم بجواز اعارة ما لا يمكن الانتفاع
به الا باتلافه فانه غير واضح ان فهم من المعير الرضا باتلاف العين
بقوله او بذكره مع القرينة فان العبارة جوازه هو رضاه به وقد حصل
في محل الفرض وان هو الا كالهبة وان عبر عنها بلفظ العارية و
لا مدخل للفظ الفاسد معناه لغة وعرفًا ثم حيث لا يعلم الرضا
بالاتلاف الا به اتجه ما ذكره لاشتراط استفادته منه بدلالة لفظه
عليه ولو بالالتزام ودلالة لفظ العارية بمجرده على الاتلاف فاسدة
لعدم استنادها الى عرف او لغة لانه تضع العارية فيها حكم الضيعة

الفصل الثالث في العين المستفاد

والتبادر انما هو لما لا يتم الانتفاع به الا مع بقائه عنده ولعل هذا مراد
الاصحاب قلت يمكن ان يكون مرادهم ترتب الضمان على الاتلاف فيهما
المزبورين وان كان بالاذن الا انهما يعتبران العارية زعما منه عموم موضوع
او نحوهما فعاد دعوى كونه هبة او اباحة وان كان الدفع بهذا العنوان
واصحة المطلق الآن بنصب قرينة على ارادتهما من اللفظ المزبور
وقد ذكرنا سابقا ان كثيرا من افراد العقود يميزها القصد فمتى وقع
منه بهذا العنوان فالغرض عدم كونه فردا منها لم يجر عليه شيء من
حكمه بل يجري عليه ما تقتضيه القواعد في مثله نعم قد يتوقف
في ضمانه من غير تعد ولا تفريط من قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا
يضمن بفاسده ومن خروجه عن اصل موضوع العارية حتى الفاسد
ولعله الاقوى في النظر وكيف كان فلا اشكال في انه يجوز استعارة الارض
للزرع والغرس والبناء ولكن يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه
كما هو صريح المسالك والروضة وغيرهما وظاهر الارشاد واللمعة
لا اصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يجوز له التعدي
الى الادنى فضلا عن المساوي وقيل كما عن المبسوط والغنية والسرائر
جواز ان يتبع ما دونه في الضرر لا ما فوقه فان كان مستعيرا ارضا
للغرس فيزرع لا العكس بل عن الاول نفي الخلاف فيه وفي القواعد وعن
التذكرة والتحرير التصريح بجواز المساوي ايضا بل عن جامع المقاصد
ظاهر كلامهم ان الحكم بذلك اجماعي ولكن لا ريب في ان الاول اشبه
باصول المذهب وقواعده المقتضية عدم جواز التعدي عن غير
المأذون وان كان ادون او مساويا بعد فرض عدم خطوره في
الذهن عند الاذن ودعوى الاستناد اليه من الاذن في المعين للمساواة
او الاولوية واضحة المنع فان المساواة في الانتفاع بالنسبة الى الادنى
او الدون لا تقتضي المساواة في الاذن كما هو واضح نعم لو ابدى التعيين
التقديري او الاذن في المنفعة ولو بالقرينة اتجه التخطي والاذن لمن

غير فرق بين المساوي والادنى فان الرياض من الفرق بينهما بالاولوية
في الثاني دون الاول واضح المنع نعم قد يعلم من التحري الاذن في بعض
المنافع لكن ذلك لا يدخلها في العارية الا اذا كانت ولو بالقرينة
انه من حيث العارية الاعارة للمنفعة المعينة في العقد على اشكال
علاوة التحري من غير ذلك اذ هو خ لغيره من الاعيان المتناولة بالتحري
وكان هذا هو السر في اشتباه بعض الاعلام في المقام والله الحافظ
من زلل الاقدام والاقلام هذا كله مع الاطلاق والا فلا اشكال في
عدم الجواز مع النهي على كل حال فلو تعدى وفعل الاضر فعليه الاجرة
للمالك تامة على الاقوى بمعنى انه لا يسقط منها ما قابل قدر المأذون
فيه من المنفعة للاصل السالم عن المعارض حينئذ من غير فرق في ذلك بين
المخالفة للنهي او للاطلاق المفروض عدم تناوله لكن في القواعد
ولو اذن في زرع الحنطة فتخطى الى المساوي والادون لا الاضر لو نهاه
حرم وعليه الاجرة لو تعداه والاقرب عدم اسقاط التفاوت مع
النهي لا الاطلاق وفيه ان التخطي في الحالين غير مأذون فيه اقتصارا
الاذن في واحد هنا نص على المنع وفي الآخر جاء المنع من اصل الشرع فهو كمن
استوفى منفعة مال غيره بغير اذنه او مع نهيه بالنسبة الى
استحقاق الاجرة اللهم الا ان يقال انه مع النهي يحصل تقييد المنفعة
المأذون بغير المنهي عنها اما مع الاطلاق فان استيفاؤها في ضمن اي
فرد ولو مما لا يدخل في المطلق الا انه يضمن الزائد عليها لكنه كما ترى نعم
لو اذن له في تحميل دابته قدرا معينا فزاد عليه ضمن اجرة الزائد قطعا
ولا تسقط اجرة قدر المأذون كما صرح به غير واحد بل قطع به بعضهم
ومثله ما لو زرع المأذون وغيره وما لو دكها وارد فيه غيره مع
ان السقوط لعله لذلك من ضرورة ظهور تقييد الاذن في الاول
بعدم دخوله في ضمن الاكثر فيستحق اجرة الجميع والاولى حمل
المدار على ما يفهم من العبارة ولعله مختلف والاصل اختصاص الغرامة

الحكم بالاجرة لو تعدى او فعل الاضر

بالزائد وهو مراد الجماعة وانه العالم كذا يجوز استعارة كل حيوان له منفعة
كفحل الضراب فانه ان استلزم الملاذ غير مائدة الا انه من التوابع النزو و
اوصال العرج ونحوهما التى لا تقدح او علم بالسيرة جوازها والكلب السلوقي
وغيرها من الحيوانات المملوكة وان لم يكن لها منفعة يصح التكسب بها ضرورة
وضوح الفرق بين سعد التكسب الا بالحد بلا عوض والعبد المملوك
ولو كان المستعير اجنبيًا عنها وكانت شابة جميلة بلا خلاف اجده فيه
عندنا خلافا لبعض العامة فمنع عارية الشابة الجميلة لمن لا يوثق به
لبعض الوجوه الاستحسانية التى ليست من مدارك الاحكام الشرعية
عندنا نعم قيل يكره اعارتها للاجنبي بل ... اذا كانت حسناء خوف
الفتنة بل من الذكر وغيرها تاكدها فى الشابة لمن لا يوثق به
كما صرح به غير واحد بكراهة استعارة الابوين للخدمة بل الاستحباب

بيان عدم استعارة المنحة

للكراهة والامر سهل بلا خلاف ظاهر كما اعترف به بعضهم فى انه
يجوز استعارة الشاة للحلب وهى المسماة بالمنحة بل عن بعض متأخري
المتأخرين الاجماع عليه وهو ان تم كان الحجة فى مخالفة الضابط
السابق لا الاصل المقطوع بما سمعته لا تسلط الناس على اموالهم الذى
لا يقتضى مشروعية العارية ولا كونه كالوكالة فى الانتفاع ولا
الحاجة اليها لكن مناسب شرعها سهولة الملة وسماحتها ولا غير
ذلك مما ذكر فى كلام بعض متأخري المتأخرين مما لا يصلح لاثبات مشروعيتها
عارية المنافى للضابط السابق بناء على ان المنفعة اذا كانت
عينًا لا تدخل وان سميت منفعة بل فى العين ونسبتها الا ان
مورد الاجارة والعارية ما ليس بعين من المنافع الا ما خرج بالدليل
للاجماع عسب الفحل على ذلك ولانه المتيقن من النص والفتوى ومع فلا
بد لعارية المنحة من دليل وليس الا الاجماع ان تم اذ لم نجد فى شيء
من نصوصنا الدالة عليها نعم فى التذكرة الاستدلال عليها بما عن
النبي العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والغريم غارم

وهو مع

وهو مع انه من طرق العامة لا دلالة فيه على مشروعية المنحة التى
يمكن استفادتها من السيرة المستقيمة ايضا وهو لا يقتضى كونها
عارية بل لعلها ضرب من الاباحة بل لعل الخبر المزبور ظاهر فى كونها
ليست من العارية ولعله من ذلك لا استدلال عليه بخبر الحلبي عن الصادق
فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سمنا شيئا معلوما او دراهم
من كل شاة كذا وكذا قال لا بأس بالدراهم ولست احب بالسمن وصحيح ابن
سنان سألته عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومة
لكل شاة كذا وكذا فى كل شهر قال لا بأس به بالدراهم واما السمن فلا
احب ذلك الا ان تكون حوالب فلا بأس بتقريب انه اذا جاز مع
العوض فبدونه اولى اذ هو كما ترى لا يقتضى الجواز عارية كما ان
جوازه مع العوض اما لكونه قسما من الصلح او ان ذلك بخصوصه
مشروع وعلى كل حال فلا دليل سوى الاجماع المدعى ان تم وظنى انه
ماخوذ من معلومية مشروعية المنحة من النصوص والسيرة كالمنيرة
لكنه كما عرفت لا يقتضى الجواز عارية ولعله قسم من الاباحة ومع تسليمه
التعدية الى غير الشاة كما هو المتعارف فى هذا الزمان فى البقر والابل
غير اللبن كالصوف والشعر والوبر اما على العارية فلا وجه
للتعدية المزبورة مع مخالفته للضابط السابق كما لا تعدى من
جوازه عارية الى جوازه اجارة بعد اتحادهما مع العارية
فى الضابط السابق وربما اختص الاجارة بالجواز للرضاع فى
الانسان بخلاف العارية فلا يجوز استعارة الامة للرضاع وان
جاز استيجارها واغرب من ذلك ما عن الغنية فى باب الهبة
ومن منح غيره بقرة او ناقة او شاة لينتفع بلبنها مدة لزمه الوفاء
بذلك اذا قصد بها وجه الله تعالى شأنه اذ هو كما ترى لا يدخل فى
الهبة ترتبه الى اسم لمجرد الحلب انا فانا كما لا دليل على لزومها
منحة او عارية ما لم يكن بلزوم خارجي من عهد او نذر او يمين

او اشتراطه في عقد لازم كما هو واضح والله العالم وكيف كان فلا خلاف
ولا اشكال في انها تصح العارية مطلقة ومدة معينة لاطلاق الادلة
لكن المراد بتعيينها مدة مع الاذن فيما بعدها الا ان وجها البناء في
ما يستعقبه في عقد الشركة لحو ثبت فللمالك في الحالين الرجوع لما عرفت
من كونها عقدا جائزا ومن ذلك ما لو اذن له في البناء والغرس مطلقا
او الى مدة ثم امره بالازالة فيجب الاجابة خلافا للمحكي عن ابي علي فلم
يوجبها قبل انقضائها في خصوص عارية الارض المفواح للغرس
والبناء بل في محكي المبسوط انه اذن له ان يغرس الى سنة ورجع
قبلها لم يكن له القلع بلا خلاف الا مع عدم كونه خلافا في جواز
العارية لما عرفته سابقا من امكانه جعله عدم وجوب القلع لذلك
ضرورة تحقق انفساخها بالفسخ وان لم يلزمه الاجابة لكن تتعين
عليه الاجرة مثلا وكذا الكلام في عارية الارض للزرع فان له
الرجوع ولو قبل ادراكه على الاشبه باصول المذهب وقواعده
التي منها معلومية جواز عقد العارية الذي منه محل البحث
خلافا للمحكي عن الشيخ وابن ادريس من وجوب الوفاء على المعير
في الزرع الى حين ادراكه لان له وقتا ينتهي اليه وظني ان مرجع
كلامهما الى عدم وجوب الازالة لا الى عدم جواز العارية لكنها
فرض واضح والذي يقتضيه النظر في المسألة انه لا ينبغي التأمل
في جواز عقد العارية هنا لعموم ما دل عليه وعموم تسلط الناس
على اموالهم الحاصل من الاباحة والبر والاحسان وغير ذلك انما
الكلام في حكم الغرس والبناء والزرع بعد فسخها ضرورة رجوع الامر
الى تزاحم الحقوق اذ المستعير ليس ظالما في عرقه وقاعدة
لا ضرر ولا ضرار جارية في المقام بالنسبة اليهما معا ومن هنا
قال المصنف وغيره وعلى الاذن الارش فاحتمال تسلط المعير على الازالة
مطلقا بلا ارش للاصل ولان المستعير هو الذي ادخل الضرر على نفسه

جواز الرجوع بعدما لو كانت ارضا للزرع

بالزامه على العارية التي يجوز فسخها في كل وقت لا يخفى عليك ما فيه لانقطاع
الاصل بما عرفت من القاعدة والاقدام على العارية اعم من الاقدام على الضرر
المبني على اقتضاء التسلط بفسخها على ذلك وهل هو الا مصادرة ومن هنا
نفي الخلاف بعضهم عن وجوب الارش في المقام وان استشكل فيه بعضهم
الا ان الاشكال ليس حلا فيما كان انه يمكن تقييده ايضا من تقديمه على المستعير
وان بذل الاجرة ولعل ذلك كاف في توجيهه على الآخر عند المزاحمة لو اراد
بذل الاجرة للبقاء او القيمة للارض ولذا كان المتجه فيهما التراضي او دفع
صاحب الارض قيمة الغرس والموثق الذي قدمناه في سابقا في كتاب
المزارعة في رجل اكترى دارا فيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا
وشجرا او فواكه وغير ذلك ولم يستأجر من صاحب الدار فقال عليه
الكرى ويقوم صاحب الدار الارض وقيمة الغرس قيمة عدل فيعطيه
الغارس ان كان استأمره في ذلك لما اجمع العامل به هنا مع ما فيه
من اجبار الغارس على القبول مع دفع القيمة وهو كما ترى مع انه
مضطرب لانه على ما قيل لنص في رواية الكافي ان كان استأمره
في ذلك ومحكوم في الاعلى ان لصاحب الارض المغصوبة تملك
ما زرعه الغاصب فيها وغرسه كما عن ابي علي لا ريب في
منافاته لاصول المذهب وقواعده وتأتي ان شاء الله تمام الكلام
في ذلك في كتاب الغصب ولكن لا الكلام هنا في ترجيح جانب المعير على
حسب ما عرفت والله العالم انما الكلام في امرين احدهما عدم التسلط
على الازالة الا بعد دفع الارش ولعله الظاهر من قول المصنف وليس
له المطالبة بالازالة من دون الارش بل جزم به في المسالك
وظاهره الاجماع عليه قال لا تجب اجابته الى القلع فلو اراد فعله
ان بذله لاحتمال الرجوع بعد تعذر الرجوع عليه لافلاس او غيبة
ونحوهما فيضيع حق المستعير ويلزم الضرر وعلى ان ما لو دفع
الا ان غايته ان يخرب المستعير او يتعذر مباشرته القلع

فيباشره المعير باذن الحاكم مع امكانه او لا مع تعذره ونحو اذن
المالك فلا يحصل الضرر ثم قال لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة
ومن شانها انما مع الاختلاف يتراضيان على التقابض معاً من غير
ان يسبق احدهما وانما حكم هنا بسبق دفع الارش لان المعية غير ممكنة
في بسط الدفع على الاجزاء نوع وصرد الضرر عن الدافع سيدفع
خلاف العكس فلذلك حكموا بتقدمه قلت يمكن ارادة المص عدم
السلطنة له على الازالة مجاناً فليس هو بصدد سبق الدفع و
تاخره ومقارنته ضرورة كون ذلك من الاحكام لا المعاوضة بمعنى
تسلط المعير على طلب الازالة من المستعير وعليه الارش فلكل منهما
حق على الآخر لا مدخلية له فيه وعصيان احدهما فيه لا يقتضي
الجواز للآخر وكلام المص وما شابهه انما هو في عدم استحقاق الازالة
بدون استحقاق الارش لا بد من سبق دفع الارش الذي لم يقم عليه
دليل معتبر بل لعل ظاهر الادلة خلافه فدعوى الامور الاعتبارية
مع انها غير تامة لا تصلح لان تكون مدركاً شرعياً والله العالم
ثانيها ان المراد بالارش على ما في المسالك هو تفاوت ما بين كونه
منزوعاً عن الارض وثابتاً فيها وهل يعتبر فيه مجاناً او باجرة
كلام الشيخ صريح في الاول وهو الظ من كلام المص والجماعة
مع اعتماد اعتبار الثاني بل اختاره بعد ذلك وحكاه عن
التذكرة ناظراً الى ان جواز الرجوع في العارية لا معنى له الا ان
تكون منفعة الارض ملكاً لصاحبها لا حق لغيره فيها وح
فلا يستحق البقاء فيها الا برضاه بالاجرة وحق المستعير يجبر
بالارش كما ان حق المعير يجبر بالتسلط على القلع وباخذ الاجرة
لو اتفقا على ابقائها قلت قد اطنبنا سابقاً في نظير المسلك
وقلنا انه لا وجه لاعتبار البقاء مجاناً او بالاجرة في التقدير
بعد فرض عدم استحقاق شيء منهما الذي للغرس او البناء بل هو

بيان كيفية الارش والحكم به ونقل الاقوال فيه

في بعض

في بعض الافراد كما في الصور على المعير خصوصاً مع ملاحظة البقاء مجاناً
في التقدير فالمتجه ح ان المراد بالارش هو تفاوت حالي الشجرة بالقلع و
عدمه ان كان ونقص آلات البناء بسبب الهدم بمعنى ضمان نقصها
الحاصل بالقلع والهدم من حيث كونه قلعاً وهدماً من غير ملاحظة
البقاء ولعله المراد فيما حكي عن المبسوط وغيره من انه التفاوت بين كونها
مقلوعة وقائمة من غير مراعاة البقاء الذي هو غير مستحق للمستعير
لا مجاناً ولا باجرة يكون المعير ح مع استحقاقه القلع كالغاصب في الغرامة
بل ربما استغرقت القيمة بملاحظة ذلك خصوصاً مع المجانبة اضعاف
قيمة الارض كما هو واضح بادنى تامل هذا وقد يتوهم من ظاهر اطلاق
المص عدم الفرق فيما ذكره من الارش بين انقضاء الوقت في الموقتة
وبين الرجوع قبله وهو جيد في الثاني واضح ضرورة كون الرجوع قبل
الوقت كالرجوع في المطلقة اما ثبوته في الموقتة بعد انقضاء الوقت
فقد يشكل بان فائدة التوقيت ذلك ومن هنا جزم في القواعد ومحكي
التحرير وجامع المقاصد بان له الالزام بالقلع مجاناً لكن عن التذكرة
ان فائدة التوقيت تجديد الغرس للمستعير في كل يوم الى انقضاء المدة
الى ان قال ثم للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدة بالارش
وبعدها مجاناً ان شرط المعير القلع او نقص البناء بعدها المدة او
شرط عليه القلع متى طالبه به عملاً بالشرط فانه قد اذن له سقوط
الغرم فلا يجب على صاحب الارض ضمان ما نقص الغرس بالقلع وان
لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك وان لم يجز القلع
واراده المعير فلا بد من الارش الى ان قال لا يخفى عليك ما فيه من منافاته
لاصالة برائة الذمة السالمة عن المعارض ضرورة عدم حق له
بعد انتهاء المدة ولا مدخلية لاشتراط القلع القطع وعدمه كما
لو استاجر منه ارضا لذلك مدة فانتهت فان للمالك تفريغ ارضه
نعم قد يتوقف فيما لو اعاره للزرع مدة معينة فانقضت ولما يدرك

معروساً ومبنياً

لا التقصير منه بل لهبوب الرياح وقصور الماء ونحوهما مما ليس هو من تقصير
المستعير بل هو المذكور الجزم باستحقاق الارش كالعارية المطلقة ولعله
باعتبار ان له مدة تنتظر فلا يعتد بالناقص القاصر عنها لكن لا ريب في
ان المتجه ايضا عموم تسلط الناس على اموالها وان الامين عند عدم تفريطهم
بعد الاباحة من المالك الا انه الى الابد المخصوص الذي قد دخل المستعير
على القلع عند انتهاء انقضائه كما عن المحقق واختاره بل قال ضعف الاول
ظاهر التحقيق كما انه قال ان موضع الاشكال اذا لم يكن عدم الادراك مستندا
الى تقصير المستعير فان اخر باختياره حتى فات الوقت وجب القلع مجانا
قطعا وانه المام ولو اعاره ارضا للدفن لميت محترم فدفن بها لم يكن له
اجباره على قلع الميت ونبشه واخراجه الى ان يبلى بان دراسه بالنسبة
الى تلك الارض على وجه لا تبقى في احترامه بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع
بقسميه عليه ولعل ذلك هو المراد من حكاه على لزومها الا ان المراد عدم
جواز نبشها كان له ذلك باعتبار كونها عقدا جائزا ونظير الثمرة فيما
لو انفق بنفقه من ناشئ فان اعادته تحتاج الى اذن جديدة او
بالاجرة بناء على استحقاقها ومثله ونحو ذلك لكن من المعلوم ان ذلك بعد
تحقق الدفن الذي يحرم معه النبش اما الرجوع قبل الحفر او بعده قبل وضع
الميت فلا كلام في ترتب حرمة الدفن عليه بل صرح غير واحد من الاصحاب
بانه كذلك بعد الوضع قبل المواراة لعدم صدق النبش اللهم الا ان يقال
انه وان كان كذلك الا انه عليه دعوى مساواته له لما في الاخراج
من هتك الحرمة ولذا امروا بنزع خاصة الكفن فيه اذا لم يكن غسلها
بل قيل لم يجوز وانتقل الى قبر آخر لكن لا دليل في عدم الاكتفاء بذلك
دليلا لمثل ذلك بل لولا الاجماع هنا على حرمة النبش لامكن القول
بجوازه لعموم تسلط الناس على اموالها ولا دلالة من جملة من الامور
التي جوزوا النبش لها مع انه لا اطلاق ولا عموم على حرمته كي يتمسك
بها الا الاجماع الذي لا ينبغي الاعتداد به هنا الا مكان المناقشة في تناول

بيان اعارة الارض للدفن

معقد

معقده لما هنا هذا كله اذا لم يكن للمستعير جهة جواز للنبش والا اخذ
الزامه به ولو للنقل الى المشاهد المشرفة بناء على جوازه لها والمستعير
ان يدخل الى الارض التي استعارها للغرس والبناء والزرع للتنزه وغيره
ولان يستظل بشجرها في نوم وقيلولة ونحوها لان ذلك كله ونحوه من
توابع مثل هذه العارية في العادة وقد سمعت سابقا ان له الانتفاع
بما جرت العادة كما عن المبسوط وغيره من عدم الجواز في غير محله وان قد
عليه من الجماعة في التذكرة والقواعد وجامع المقاصد والمسالك والروضة
فلم يجوزوا دخولها للتنزه لان الاستعارة وقعت لمنفعة معينة فلا
يتعداها وانما يجوز له الدخول لسقي الشجر ومرمة الجدار ونحوها مما فيه
مصلحة المال وصونه عن التلف الا انه كما ترى بل لا يبعد ان يكون ذلك
المتن لذلك تعريضا بما سمعته عن ط وقد يعلم ما في المسالك فانه قد
اطنب في بيان انفراد المتن في ذكر هذا الحكم للمستعير على ما وجده في النسخ
قال ومحققان يقولان للعمر على ما وجدناه في سائر كتب الفقه التي
تعرضوا فيها لهذه المسألة ولكن غير باد النكتة بالنسبة الى المعير واصحابه
كما ذكرناه وانما المستعير فعلى تقدير جواز استظلاله لا نكتة في تخصيصه
من بين الوجوه التي ينتفع بها ثم ساق جملة مما وجده من عبارات الاصحاب
الى ان قال ثم ذكر الشهيد في اللمعة جواز استظلاله كما تضمنها بالشجر وهو
هو اجود من الاقتصار على المستعير الا ان يجعل نكتة الاقتصار عليه
بيان الفرد الاخفى فانك قد عرفت ان غرض المتن والشهيد التعريض بمن
لم يجوز ذلك للمستعير واختصاصه بالمعير باعتبار كونه مالكا للارض
فله الدخول اليها والاستظلال بما فيها لعدم كونه تصرفا بعين ارضه
كالاستظلال بحائط الغير وانما يمنع من التصرف بالبناء او الغرس
بخلاف المستعير الذي ليس له التصرف الا في المنفعة التي اباحها المالك
له وهي الغرس والبناء والزرع وتوابعها مما يصلحها ويحرسها عن التلف
ان لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه وجه النظر في ذلك بل وفي

جواز دخول المستعير الى الارض المستعارة للغرس

انتفاع المعير في البناء والغرس من دون اذن المالك بناء على ان مثله تصرف
كما جزم به بعض مشائخنا ان بطل الصلوة تحت السقف المغصوب كما ذكرناه
في كتاب الصلوة ولكن قد منعنا كونه تصرفا صلوتيا نعم هو انتفاع به
حال الصلوة ولعل كلام الاصحاب هنا مؤيد لما قلناه بل ظاهرهم عدم حرمة
ذلك مطلقا على المعير اذ ليس هو الا تصرفا في ارضه وان قارن ذلك انتفاع
له على نحو الاستظلال ببناء الغير وهو جالس في ملكه الا ان الانصاف عدم
خلو ذلك من اشكال مع فرض قصد استيفاء منفعة الاستظلال بالسقف
دفعا للمطر والحر ونحوهما اذ هو وان لم يكن تصرفا فيه فلا ريب في كونه
انتفاعا به على وجه يضمن اجرته للمالك هذا كله مضافا الى ما ظهر من بعضهم
ان موضوع الحكم هنا ما اذا رجع المعير في العارية وان المراد بيان ان له قبل
دفع الارش دخول القلع الدخول الى ارضه والتصرف فيها وان استلزم
الاستظلال ونحوه بغرس الغير وبنائه وليس للمستعير الدخول الى المصلحة
ماله وحفظه من سقي ورمة بناء ونحوهما بل ربما ظهر من بعضهم التوقف
في ذلك من دون استيذان او لاد لكن لا يخفى عليك انه مخالف لما هو الكثير
عبارات الاصحاب وان كان الحكم في حد ذاته ممكنا والامر سهل بعد وضوح معلومية
الحكم على كل حال وكيف كان فقد تقدم في كتاب الصلح من المصابيح لو اعاره
جداره لطرح خشبة فوضعه وطالبه بعد ذلك بازالته لم يكن له ذلك
لان المراد به التابيد ثم استحسن الجواز وقد ذكرنا هناك ما عندنا لكن قال
هنا كان له ذلك الا ان يكون اطرافها الاخر مثبتة في بناء المستعير فليس له
الزامه بالازالة وان بذل الارش لانه يؤدي الى خرابه والى اجباره على ازالة
جذوعه عن ملكه اي المستعير وهو المحكي عن مبسوط الشيخ والسرائر والارشاد
ولكن فيه ترددا من ذلك ومن معلومية جوازه عقد العارية المقتضي
لوجوب تفريغ مال المعير ان يتوقف على تخريب ملكه بل على انه الذي اقدم
على ذلك باعتماده على العارية التي هي في الحقيقة الذي ادخل الضرر على
نفسه نعم لما لم يكن ظالما في وضعه جذوعه اتجه الارش ودعوى لزوم هذه العارية

بيان اعادة الجدار

باعتبار بنائها على التابيد والدوام لا ترجع الى محصل يجوز لاجلها تخليد شغلها
بل لو بذل الاجرة لم يلزم صاحب الجدار اجابته ترجيحا لحق صاحب الجدار عليه
لعين ما سمعته في الغرس والبناء الذي قد وافق الخصم عليه هناك
هذا وقد تقدم في كتاب الصلح ماله نفع في المقام فلاحظ وتامل والله العالم
ولو اذن له في غرس شجرة مثلا فغرسها وبقيت مدة فاتفق انها ماتت او
انقلعت لهواء حادث ونحوه جاز عند بعض ان يغرس غيرها استصحابا
للاذن الاول الذي لم يتعقبها رجوع فبل يقتصر الى الاذن مستانفا وهو
اشبه باصول المذهب وقواعده المقتضية حرمة التصرف في مال
الغير بغير اذنه اذ الاولى قد انتهت بحصول مقتضاها وغرس الشجرة
الاخرى شيء جديد بل انه لم يكن ثم قرينة تشمل اعادة غرسها نفسها
اذ الظاهر ان الاذن في الغرس كالامر به يتحقق بالمرة نعم في التذكرة
لو انقلع الفسيل المأذون له في زرعه في غير زمنه المعتاد او سقط
الجذع كذلك وقصر الزمان جدا فالاقرب ان له ان يعيده بغير تجديد
الاذن ولعله لانه من الاذن الاولى لعدم تحقق مقتضاها المأذون
فيه كما هو واضح بل هذه المسائل ونحوها مما لاحظ للفقيه فيها
لاختلافها باختلاف القرائن الحالية فضلا عن غيرها ولا اشكال
ولا خلاف عندنا في انه لا يجوز اعارة العين المستعارة الا باذن المالك
ضرورة اقتضاء عقد العارية الاباحة لخصوص المستعير لا تمليكه اياها
وكذا لا يجوز اجارتها بل هو اولى منه خلافا للمحكي عن بعض العامة من جوازه
قياسا على الاجارة وهو مع بطلانه في نفسه مع الفارق فلا ريب في
عدم جوازه ولا غيره من النواقل او المبيحة لما عرفت من ان المنافع
ليست مملوكة للمستعير وان كان له استيفاؤها بنفسه او وكيله على
وجه يعود الانتفاع له مع كون العين في يده او يد وكيله
باذن المالك وليس هو من الاعارة ثم ان الظاهر كون الاعارة الثانية
مع فرض اذن المالك انما هي من الاول مع فرض كون الاذن على هذا الوجه

جواز غرس غير الشجرة للمأذون بها لو انقلعت

فانه يصير وكيلا نائبا ولا يقدح ح جنونه وعوده في بقائها نعم اذا اذن
له في الاعارة لنفسه اتجه ح كون الاعارة منه واحتمال عدم مشروعية
هذا القسم باعتبار اشتراط كون المعير مالكا يدفعه اطلاق الادلة و
المسلم منه مع عدم اذن المالك ويكون بالشرط ح مالكا او ماذونا و
قد سمعت النزاع في العارية التي ذكرنا المص صحة العارية من الصبي
باذن وليه وستسمع انشاء الله في الوكالة باذن الموكل الواقع على وجهين
الوكالة عن الموكل والى كالذي عن الوكيل لنفسه يجيء ما سمعته في العارية هنا
ولعل مثله يأتي في الوديعة انشاء الله وقد تقدم منا سابقا بحث فيه انما
الكلام فيما يستفاد من اطلاق الاذن في العارية من المستعير نفسه
اظهر التردد بين حمله على منه عارية الدار مثلا على ان يدخل فيها من يشاء
من عياله وغيرهم فان الاعارة لهم منها لا من المعير او يتحقق انتفاعهم
على نحو انتفاع دوابه وبالاوسعيل نظير كان فلخالف واعار الغير فذو سبيل
ضمان العارية ولكن الكلام في رجوع المالك على من شاء منهما بالعين و
المنفعة مع ضمان العين وعدمه ما سمعته في العارية من الغاصب
ما عن الفاضل من الفرق بينهما في الجملة لا يخلو من اشكال كما ان ضمان ذلك
كله هناك عليه والله العالم الفصل الرابع في الاحكام المتعلقة بها وفيه مسائل

الفصل الرابع في الاحكام وفيه مسائل الاولى

الاولى لا خلاف ولا اشكال في ان العارية امانة كما قال الص ع في صحيح
الحلبي صاحب العارية والوديعة مؤتمن ونحوه غيره وح فهي كغيرها من الامانات
لا تضمن الا بالتفريط في الحفظ او التعدي او باشتراط الضمان زيادة على الوديعة
للاجماع بقسميه والنصوص ولا ينافي ذلك بناؤها على التبرع حينئذ كما لا ينافي
كونه شرطا في عقد جائز اذ هو كالاجتهاد في مقابلة النص وكذا تزيد على الوديعة
بانها تضمن اذا كانت ذهبا او فضة وان لم يشترط الضمان بلا خلاف فيه
في الدراهم والدنانير منهما بل الاجماع بقسميه عليه والنصوص انما الكلام
في غيرهما من المصوغ وغيره الذي هو خيرة الكركي في صريح اللمعة والمهذب
وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان على ما حكي عن بعضها

وفي ظاهر

وفي ظاهر المتن والنافع وغيرهما مما عبر كعبارته كما عن المقنع والنهاية
والمبسوط وفقه الراوندي والتحرير والارشاد والمختلف وقواعد الشهيد
بل لعله ظاهر الوسيلة والتبصرة المعتبر فيهما بالثمن المراد منه المطلق
الذهب والفضة كما في تعريف الصرف او الورق والعين المعتبر بهما في
محكي المقنعة والمراسم والكافي والغنية والسرائر بناء على ارادة الفضة
من الاول كما عن القاموس والنهاية وكتب التفسير او هي مع الدراهم
المضروبة كما عن مجمع البحرين والدينار والذهب من الثاني كما عن القاموس
ايضا وما عن الصحاح تفسير العين بما ضرب من الدنانير والورق بما
ضرب من الدراهم ولعله لذا نسب الحكم في المختلف الشهرة بين الاصحاب والا
فلم اجد خلافا صريحا فيه وانما هو من الفخر والقطيفي والكفاية و
الرياض على ما حكي عن بعضها وعلى كل حال فهو الاقوى لصحيح زرارة قلت
لابي عبد الله ع العارية مضمونة فقال جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك
تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا ان يشترط عليه انه
متى توى لم يلزمك تواه وكذلك ما استعرت فاشترط عليك لزمك
والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك واسحق بن عمار عنه
ايضا وابي ابراهيم ع العارية ليس على مستعيرها ضمان الا ما كان من
ذهب او فضة فانها مضمونة اشترطا او لم يشترطا ولا ينافي ذلك
صحيح ابن سنان عنه ع لا تضمن العارية الا ان يكون قد اشترط فيها ضمانا الا الذهب ومثله
خبر ابن مسكان ولا خبر عبد الملك بن عمرو عنه ع ليس على صاحب
العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة
اشترط صاحبها او لم يشترط بعد ظهور اعادة الثنية منه في جميعها
في كون المراد بعد الاخراج من العام مخصصات متعددة من عام
متحد لا يقدح اخصية بعضها من ان جميع المخصصات متحدة في الحكم
الايجابي الذي هو الضمان فلا يحمل بعضها على بعض بعد عدم
التنافي بينهما بل ولا في اخراجها من المفاهيم ضرورة ان الخاص

اذا الخروج من العام لا يزيل دلالته على ما بقي من الافراد على دلالته
الاصلية فليرجع الى خروج الخاص من العام وبذلك ظهر لك المراد
من النصوص التي بها بان دالا على عدم ضمان العارية اصلا وما
بين مستثنى الذهب والفضة وما بين مستثنى الدراهم وما بين مستثنى
الدنانير خصوصا بعد اتفاقهم على عدم التنافي بين خبري الدراهم و
والدنانير اذ ليس هو الا باعتبار ظهورهما في ارادة تعدد الاخراج
من العام الذي هو بملاحظة كل واحد منهما لا يقتضي عدم قابلية العام
لاخراج غيره بانضمامه بقاء ما عداه على دلالة العام الاول فان جاء
ما يقتضي اخراج فرد آخر ضم الى الفرد الاخر وهكذا فهو بمنزلة ان يقول اكرم
الرجال ثم يقول لا تكرم زيدا منهم ولا تكرم عمرا فانه لا تكرم الجهال
في الواقع كان زيد وعمرو من افراد الجهال فانه لا شك من له ادنى فهم
بالخطابات العرفية ارادة اخراج الجهال من الحكم الاول وكون نص على زيد
وعمرو للتأكيد ونحوه وبذلك ظهر لك ما في كلام بعض المحققين من حمل
الذهب والفضة على الدرهم والدينار باعتبار انهما عامان بالنسبة اليهما
او مطلقين اذ قد عرفت انه لا تنافي بين حكم الجميع الذي هو الضمان فلا
مقتضي للحمل المزبور كما انه لا تنافي ايضا بين المستثنى منه في الجميع اذ هو
ليس الا عدم الضمان للعارية الذي هو مضمون القسم الاول من النصوص
وهذا واضح وان اطنب في رده في جامع المقاصد وفي الاطناب ثاني
الشهيدين في المسالك نعم في الكفاية وتبعه في الرياض ان تحقيق المقام
حصول التعارض في النصوص المزبورة بين المستثنى منه في خبر
الدراهم والدنانير وحاصله الاضمان في غير الدراهم والدنانير وبين
المستثنى في خبر الذهب والفضة والنسبة بين الموضوعين عموم
من وجه يمكن تخصيص كل منهما بالآخر فان خص الاول بالثاني كان
الحاصل الاضمان في غير الدراهم والدنانير الا ان يكون ذهبا او فضة
وان خص الثاني بالاول كان الحاصل كل من الذهب والفضة مضمون

كلام دقيق يتعلق بضمان الدراهم والدنانير

الا ان يكون

الا ان يكون غير الدراهم والدنانير فالامر المشترك بين الحكمين ثابت
وهو حصول الضمان في الدراهم والدنانير فلا بد من استثناء هذا الحكم
من عموم الاخبار الدالة على عدم الضمان ويبقى تلك الاخبار في غير ذلك
سالما عن المعارض فان المتجه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم والدنانير
من الذهب والفضة لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرنا
ضرورة عدم كون المستثنى منه في خبر عبد الملك غير الدراهم و
الدنانير وان سلمنا بل لا يصلح لان يكون ذلك مستثنى منه لهما لان المراد
الحاصل من المستثنى منه فيهما مع المستثنى ليس هو الا ضمان الدراهم و
الدنانير لا غيرهما وليس بين مجموع ذلك وبين الذهب والفضة تعارض
العموم من وجه لا اختصاص في خبري الذهب والفضة بالدلالة
على عدم ضمانهما حتى يكون ذلك وجه اتفاق لهما في خبر عبد الملك
وان سلمنا على ان ذلك كله منا مماشاة للكشف وبيان المغالطة
المزبورة والا فالواجب ملاحظة التعارض بين نفس الادلة من غير
تقدير شيء ناشئ من الاجتهاد فيها فلا ريب في عدم التعارض بين مضمون
الجميع الا باقتضاء الضمان في الحلي ونحوها من خبر الذهب والفضة
وعدمه في خبر الدراهم والدنانير ولكن من حيث حصر الضمان فيهما فلا
منافي في اخراج غيرهما بدليل آخر فلا يرجع التعارض الا بالعموم والخصوص
المطلق على هذا التقدير انه ليس دليل سلب الضمان عما عداها الا هو مضمون
القسم الاول من النصوص وهو عدم الضمان في العارية مطلقا الذي بين
الاخراج بخبري الذهب والفضة كما هو واضح بادنى تامل واما تقدير
غير الدرهم والدينار وملاحظته مهملا عن اخراجها مع موضوع الذهب
والفضة الشامل لهما وجعل المعارض بينهما من وجه الى آخر ما
سمعته فهو شيء خارج عن النصوص ساعد الوهم فيه وصار معالجة
على الافهام الردية التي لا تعرف بين مفاهيم الالفاظ ومصاديقها
اذا كان فيها نوع خفاء حتى لا يحتاج الى رده بالترجيح بالشهرة العظيمة

بين الاصحاب ولان اهل العرف لا يفهمون منه ذلك الا الاخص على الاول بالثاني ولا يجوز على اليد ما اخذت حتى تؤدي ولا باستلزام العكس اخراج لفظ الذهب والفضة عن الحقيقة بخلاف الاول الذي يفيد تكثر افراد اخراج المخصص بعد العلم بالتخصيص في الجملة ولا الى غير ذلك مما عرفت لا استغناء عنه والله العالم وح فلا محيص عما عليه الاصحاب من ضمان مطلق الذهب والفضة بل الظاهر كونهما كذلك سواء كان مصوغين او لا ممزوجا او غيره الا ان يشترط سقوط الضمان فيسقط ح للاصل والاقتصار في الخروج عن عموم عدم الضمان على المتيقن الذي لم يشترط فيه ذلك وعموم المؤمنون وخصوص صحيح زرارة المتقدم القاطع للشك في ذلك نعم قد يشكل في اعتبار الشرط المزبور في الضمان بالتعدي والتفريط في ابتداء عقد العارية باعتبار انه اسقاط للواجب قبل وجوبه ومنافاته للاطلاق على تسليمها ذلك مع انه لا يخلو من قوة لانه في قوة الاذن في الاتلاف وللشك في السببية معه والاصل براءة الذمة اما ما قيل من عدم اعتباره ايضا في عارية مال الغير وعارية المحل الصيد للمحرم نفيه ما عرفت من عدم كونها عاريتين صحيحتين على ان الثانية منها ان اريد بعدم اعتبار الشرط فيها بالنسبة الى الفداء فهو حق لعدم كونه ضمانه بالعارية بل هو شبه الحكم الشرعي وان اريد به بالنسبة الى الغرامة للمالك فالظاهر اتيان البحث السابق فيه ومما ذكرنا يعلم انه لا وجه لذكر هذين القسمين في العارية المضمونة ضرورة معلومية ارادة القسم الصحيح منها ومن هنا تركهما المصنف واقتصر على ما عرفت كما انه لا وجه لعد العارية من المحرم الى المحل من قسم العارية التي لا تضمن حتى اذا اشترط فيها الضمان اذ قد عرفت انها ليست عارية وان المستعير يملكه لعدم ملك المحرم له نعم لم يذكر المصنف عارية الرهن ولعله

نظر وتأمل في بعض الشروط الضمنية

الكلام

للاكتفاء بما ذكره في الرهن او انه ليس من العارية عنده كما اشبعنا فيه في كتاب الرهن وبذلك ظهر لك عدم الحاصل فيما ذكره في المسالك من هذه الاقسام وحسن اقتصار المصنف في الضمان للعارية على ما ذكره من الاستثناء اما ما يحكى عن ابن الجنيد من ضمان عارية الدابة ونحوه فلم نجد له دليلا صالحا للخروج عن الاصل فضلا عن عموم عدم ضمان العارية المؤيد بعموم عدم ضمان الامانة والله العالم المسألة الثانية لا خلاف ولا اشكال في ان المستعير اذا رد العارية الى المالك او من يقوم مقامه من وكيله او نائبه العام او الخاص برئ على حسب غيرها من الامانات ونحوها كما انه لا اشكال ولا خلاف عندنا في انه لو ردها الى الحرز الذي كانت فيه بلا يد للمالك ولا اذن منه لم يبرأ بل هو ضامن لها مع التفريط بها فكأنه عرض بذلك للرد على المحكي عن ابي حنيفة من ان رد العارية الى ملك المالك كردها الى المالك لان رد العواري في العادة بذلك وهو كما ترى ولو استعار الدابة الى مسافة معينة مثلا فجاوزها ضمنها عينا ومنفعة للتعدي ولو اعادها الى المسافة الاولى المأذون فيها لم يبرأ من ضمان العين الذي قد حصل بالتعدي للاصل وغيره اما المنفعة فلا ضمان فيها لعدم انفساخ العارية بذلك اذ الفرض عدم تصريح او ظهور في عقد العارية يقتضي تقييده بعدم التعدي والتفريط فالمنفعة التي اقتضى عقد العارية اباحتها غير مضمونة نعم بالتعدي المزبور تدخل العين في ضمانها بالتعدي الاول ولو تلفت منه حال استعماله المأذون فيه بلا تعد متجدد او تفريط كما هو واضح وان اشكل الحال على المحدث البحراني بالنسبة الى الفرق بين الحكم بضمان العين بالمسافة المأذون فيها دون المنفعة وذلك لان العارية ان انفسخت بالتعدي المزبور اتجه ضمان العين والمنفعة معا والا لم يتجه ضمان العين بعد العود الى المأذون فيه وفيه ما لا يخفى من حصول سبب الضمان وهو

المسألة الثانية

المسألة الثالثة

التعدي المزبور الذي ليس في الادلة ما يقتضي انفساخ العارية به و
بالتفريط مع انه لا يقتضي تسبيبه الضمان حتى في المأذون فيه اذ لا تنافي
بين العارية والضمان بسببه اما المنفعة فهي على اذن المالك العارية
والله العالم المسألة الثالثة لا خلاف بينهم ولا اشكال في انه يجوز للمستعير بيع غرسه وابنيته في الارض المستعارة للمعير وبالعكس
وللاجنبي بل يجوز بيع المستعير لغيره اي المعير مع الاذن وبدونه
بل مع النهي على الاشبه باصول المذهب وقواعده التي لا ينافيها احتمال
تلف المعار لعدم دوامه اياه فانه لا يخرجه عن المالية المسوغة لبيعه
بل هو اولى مما جوزوا بيعه من الحيوان المشرف على التلف والعبد المستحق
للقتل قصاصا فما عن احد الشافعية من المنع لذلك واضح الفساد
نعم عن مبسوط الشيخ ان الاقوى عدم الجواز لانه لا يمكن تسليمه بل
منه فيما سلف عدم جواز دخول المستعير لغير السقي ونحوه ومن
هنا بني في التحرير جواز البيع وعدمه على جواز الدخول وعدمه
لكن فيه اولا ان التسليم في مثله التخلية والانتفاع ممكن باستيذان
المعير او الاستيجار منه ونحو ذلك وحرمة الدخول على المشتري و
الانتفاع به باعتبار اقتضاء عقد العارية الاذن للاول لا ينافي
جواز الشراء وان وجب عليه الاستيذان في البقاء من حينه وان
لم يحصل كانت الاصول الان في مقابلة غيره وعلى كل حال
هو امر خارجي لا مدخلية في صحة البيع للمال المملوك الذي
يمكن تسليمه بافيا ومقلوعا بل الظاهر صحة البيع حتى مع جهل المشتري
بالحال وان تسلط على الخيار لظهور البيع في استحقاق البقاء فيتسلط على الخيار
لفائدة الضرر ولو باع المستعير والمعير الارض بما فيها بثمن واحد
ويوزع الثمن على قيمة مال كل منهما فيقوم الغرس والبناء في الارض
مستعارة او الارض مشغولة عارية بذلك نعم يلحظ النسبة بينهما
ويوزع الثمن عليها كما هو واضح والله العالم المسألة الرابعة اذا

المسألة الرابعة

حملت

حملت الاهوية او السيول مثلا حبا مثلا الى ملك انسان فنبت كان
لصاحب الارض ازالته لعدم فرض امتناع المالك عنها من غير مراجعة
الحاكم ولا يضمن له الارش بل ربما استحق عليه الاجرة على ما تسمع كما في
مسألة اغصان الشجرة البارزة الى ملكه التي تقدم تفصيل الكلام فيها
في كتاب الصلح لان ظاهر المتن اتحاد الحكم في المسألتين ولكن كشف الحال في
المقام هو ان هذا الحب لا يخلو اما ان يكون مغروسا عمدا اولا وعلى التقديرين
اما ان يعلم المالك او يجهل في محصور او غيره وعلى كل حال فاما ان يكون
متمولا او قليلا غير متمول ثم فرض الاعراض فللمالك الارض وغيره
تملكه وله طرحه من ارضه كغيره من المال المعرض عنه وان كان
كثير الكون في المسالك انه يجوز للمالك الرجوع ما دامت العين باقية لانه
ذلك بمنزلة الاباحة وفي غيرها التصريح بان له ذلك وان تملكه احد
الا انه يشكل باصالة اللزوم بعد حرمة القياس على الهبة ومنع كونه
اولى بل ينبغي الجزم بذلك بناء على صيرورته كالمباح بالاعراض
وعلى كل حال فالظاهر ممن تعرض لذلك عدم تسلط صاحب الارض على
جبره على القلع بعد تحقق الاعراض عنه ولكن قد يشكل اذا فرض حصول
الاعراض بعد اشتغال الارض به بل وقبله بناء على عدم خروجه عن
الملك بذلك اذ هو حينئذ نحو ما تسمعه لو ترك صاحبه لصاحب الارض
ولم يقبل ففي المسالك وجوب الازالة وجهان نعم حكي فيهما عن التذكرة
القطع بسقوطه مؤنة نقله واجرته عنه لانه حصل بغير تفريط
ولا عدوان وكان الخيار لصاحب الارض المشغولة ان شاء اخذه لنفسه
وان شاء قلعه الا انه لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما وجوب
تخليص ملك الغير منه ضرورة ان الاعراض عنه بعد عدم الخروج
عن ملكه به والبذل لصاحب الارض مع عدم القبول لا يرفع وجوب
المزبور عنه الذي قد صرح به غير واحد في الصورة الاخرى وهو
ما لا يعلم المالك بعينه ولم يكن منه اعراض ولا بذل معللين له بان

ملكه وقد شغل ارضه بنبوه بغير حق يجب تخليصه منه والتسوية وطم الحفر بل
صرح بعضهم بوجوب الاجرة عليه للمدة بعد امتناعه لانه كالغاصب
ح بل عن ظاهر السرائر وجوبها عليه للمدة السابقة التي استظهر بعضهم عدمها
لعدم تقصيره في القلع وعدم تفريطه في اصل اشغال الارض به فاصل
البراءة بحاله اللهم الا ان يقال انه وان لم يكن مقصرا لكن لا يبرح ابطال حق
صاحب الارض والاصل احترام مال الغير الذي منه المنفعة المزبورة كما
ترى بل قد يناقش في الاجرة مطلقا في وجوب التخلص عليه بعد انه لم يكن
المشتغل منه للاصل وكونه مالكا لا يقتضي ذلك نعم لصاحب الارض بعد امتناع
المالك ازالته عن ملكه كما اعترف به المتن ولو كان المالك مشتبها في محصورين
ففي المسالك وجب عليهم اجمع التخلص بالقلع او التمليك ونحوه ويجب على صاحب
الارض مراجعتهم بل مراجعة المالك المعين وفيه ان هذا الوجوب لا وجه
له لتمكن كل منهم باصل البراءة السالمة عن معارضة باب المقدمة في
الفرض المعلوم ومع مهاونه فالمتجه ازالة نفسه عن ملكه بعد مراجعة
الحاكم او بدونه ولكن يسلم الالة للحاكم ولو لم يكن محصورا ففي المسالك انه
كان بمنزلة اللقطة وفيه انه الى مجهول المالك اقرب منه اليها لعدم
تحقق كونه مالا ضائعا او لقطة بل هو كالثوب الذي اطارته الريح
ولو كان قليلا لا يتمول لكونه واحدة وحبة كذلك والمالك معلوم احتمل
بعضهم عدم وجوب رده وان له تملكه لانتفاء حقيقة المالية منه و
التقويم اما حصل في ارضه وفيه انه مناف لاصول المذهب وقواعده المقتضية
وجوب رده الى صاحبه على حسب ما تقدم وبذلك كله بان لك الحال في جميع
اطراف المسألة ثم لا يخفى عليك انه لم اجد احدا احتمل هنا وجوب الاصطبار
في الزرع الذي له امد ولا دفع الارش فيه كما في التي كما ذكروه في
العارية ونحوها بل صرح بعضهم بعدمه مع انك قد سمعت ان بناء ذلك
في العارية تزاحم الحقوق وعدم كونه ظالما في غرسه والا لما اذن
يجوز له الرجوع فيها لانها حصلت في ضمن عقد جائز اجراء فانه

تزاحم الحقوق ومراعاة الاكثر ضررا والقرعة ونحوها في المقام ان لم
يكن اولى بذلك المقام فهو اولى مثل دابة وضعت راسها في قدر شخص
او دخلت دار الغير فاحتاج اخراجها الى خراب الباب مثلا ونحو ذلك
فلا بد من ملاحظة الترجيح بين المقامين ولعل قاعدة اخرى و
هي وجوب تخلص مال الغير مما اشتغل بناء من ملك اخر وافق العالم

المسألة الخامسة

المسألة الخامسة لو نقصت العين المستعارة بسبب الاستعمال المأذون
فيه ثم تلفت وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها كما عن
التذكرة والمختلف والحواشي لان النقصان المذكور غير مضمون في نفسه
ولا مندرج في اطلاق الضمان المشترط نعم لو نص عليه في الشرط
اتجه ضمانه ولكن في تتبع العارية صورة عدم كونه ضمانا
للمنفعة بل هو شيء وهي شيء اخر والمنافي للعارية اشتراط ضمانها
لا ضمانه بل لعله كذلك وان لم نقل انه من لوازم الاستعمال نعم لو فرض
اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل منه بمعنى كون المنفعة المأذون
فيها هي نفس النقص المزبور اتجه عدم صحة اشتراط ضمانه الا انه
كما ترى مجرد تعويز وعلى كل حال فالتردد في ضمانه من بعضهم
بل في جامع المقاصد لا يستبعد ضمانه لانه ليس من لوازم اصل
الاستعمال وهو قوي جدا ونحوه في المسالك بل عن المختلف انه الاصح
بعد ان حكاه عن ابي علي وابي الصلاح في غير محله وخبر وهب الذي
ذكره بعضهم دليلا لذلك عن جعفر عن ابيه ع ان عليا ع قال من استعار
عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن ومن استعار حرا صغيرا فعيب فهو
له ضامن محمول على المضمون بالشرط او التعدي او التفريط مع انه
مؤول ظاهر في غير محل الفرض الذي هو النقصان الناشئ من نفس
الاستعمال كانمحاق الثوب ونحوه لا اتفاقا فلك بعض اجزائه كحرف
ونحوه فانه لا شك في انه داخل في اطلاق الضمان المشترط
الذي هو المجموع والاجزاء كما هو واضح ومع ذلك لا فرق في عدم ضمانه

بين تلك العين وبين ردها ناقصة ومن الغريب ما ظهر من بعض
الكلمات من الفرق فانه لا وجه له كما انه لا وجه للفرق بين المقام و
بين الضمان بالتعدي والتفريط ثم تلفت بعد نقصها بالاستعمال
ذلك فانه لا يضمن الا القيمة يوم التلف لعدم انفساخ العارية
بذلك بخروجه مأذونا فيتبعه النقص الحاصل منه فما عن بعضهم من الفرق
في غير محله نعم يضمن النقص الحاصل من التعدي بنفسه الذي لم يأذن
فيه وكذا التفريط واما الحاصل بعدها بالعود الى استعمال العارية المأذون
فيها فانه وان كانت العين مضمونة في يده لكن ضمنها عند الجميع ضمان الغصب
انه حيث يضمن النقص الحاصل من الاستعمال فلا بد من ملاحظته من
حين القبض الى حين التلف لكان ذهاب الاجزاء على التدريج كالثوب
يلبس ويمحق شيئا فشيئا كما هو واضح وقد وقع في بعض الكتب
المتأخرة هنا ما لا ينبغي ان يسطر فلا نطيل ذكره والله العالم والحافظ المسألة

المسألة السادسة

قال م

السادسة اذا قال الراكب مثلا اعرتنيها وقال المالك آجرتكها فالقول
قول الراكب عند الشيخ وابن زهرة والفاضل والشهيدين والاردبيلي
والخراساني على ما حكي عن بعضهم لان المالك مدع للاجرة والراكب
ينفيها فهو مع اصل البراءة السالم عن معارضة الاقرار بالاستعمال
بالاستيفاء مثلا بعد ان اتفقا على كونه بالاذن والذي تفرع على
وجوه فهي اتم من الاستحقاق فليس للمالك ح الا ما ثبت صريحا وقيل
كما عن ابن ادريس واجارة المهذب بل لعله المشهور ربما يستعرفها
من رجوع عيره اليد القيد قول المالك في عدم العارية التي ادعاها
الراكب فاذا حلف ح سقطت دعوى الراكب وثبت عليه اجرة المثل
لا المسمى الذي نفاه الراكب بيمينه اذ هو منكر بالنسبة اليه ولا
ينافي ذلك ثبوت اجرة المثل التي هي قيمة المنفعة التي قد اعترف
باستيفائها وهي كالعين بالنسبة الى المالية والاصل احترام مال
المسلم كدمه وعرضه فعلى الحاكم ضمانها له على من هو عنده حتى

يثبت

يثبت ما يقتضي عدمه عارية واباحة مجانية ضرورة ان طيب نفسه
شرط في حل ماله والتلف فيه شك في الشرط وهو الباقي لعموم من المكتسبة على
البدن فيرها وعليه يبنى تقديم مدعي القرض على مدعي الوديعة في صحيح اسحق
بن عمار ومدعي الغصب على مدعي العارية ايضا نعم تكون على الراكب اجرة
المثل اذا صارت مساوية للمسمى او اقل منه لا ما اذا كانت ازيد لاعترافه
ح بدعواه المسمى لعدم استحقاقها وان انتفت دعواه بيمين الراكب لكن
انتفائها بالنسبة الى الزامه بها الا ما يعود منها الى المدعي الذي هو مقتضي
التزامه باقراره ولا ينافي ذلك اطلاق المتن اجرة المثل المنزل على
مساواتها للمسمى غالبا او على ارادة بيان اصل ثبوت الاجرة او نحو ذلك
وبذلك ظهر انقطاع اصالة البراءة بالقاعدة المزبورة كما انه ظهر
الجواب عن اشكال استحقاق الاجرة بعد انتفاء دعوى الاجارة بيمين
الراكب باعتبار حصر استحقاقه باعترافه بالاجارة المفروض انتفاؤها
بيمين الراكب اذ هو معارض ايضا بانتفاء المجانية التي ادعاها الراكب
باعتبار حصر سببها باعترافه بالعارية المفروض انتفاؤها بيمين
المالك فلما انتفيا معا رجع الحاكم الى اصل آخر يقتضي غرامة الراكب وهو
اصالة ضمان مال الغير فحكم باجرة المثل غرامة عوض منفعة مال
الغير التي اعترف باستيفائها ولا حرمة على المالك في رفضها لعدم
تضمن دعواه ما يقتضي حرمتها عليه حتى انا ادعى كون المسمى عينا
مخصوصة فان له اخذها ح مقاصة على الوجه الذي ذكرناه
وبه بان ان القول الآخر الذي ذكرته قولا ثالثا هو ان القول قول
المالك ايضا ولكن يرجع باقل الامرين من المسمى واجرة المثل مطلقا أي المتن هو
قول المتن بعد تنزيل اطلاقه على ما عرفت كان المذكور قولا رابعا وهو
التحالف اذ قد يكون المسمى الذي يدعيه المالك ازيد من اجرة المثل
فلا بد في نفيه من يمين الراكب ليس كذلك ضرورة ان ذلك راجع
الى المالك ان اراد مطالبته باليمين المحتمل نكوله عنها الا ان الحاكم له باجرة

المثل موقوف على ذلك فانه له عدم الدعوى واسقاط حق اليمين الذي له في المطالبة باجرة المثل التي هي مقتضى حلفه على نفي العارية فيكون ذلك في الزام الراكب بها فليس ح في المسألة الاولى الا منافيها اثبت الاصل المزبور وعدمه والظاهر انه متفرع عنده في غير المقام كالاجنبي علمه حاطره حاضرا بايراد المسألة في الابواب المتفرقة نعم يحكي عن الشيخ قول ثالث وهو استعمال القرعة في تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله بيمينه لكنه كما ترى ضعيف جدا اذ لا اراد في التحقيق بالنسبة الى الاثبات المسمى الذي ادعاه المالك على ان مورد القرعة المشكل ولا اشكال بعد القاعدة المزبورة واغرب ما يحكى عن غيره من الحكم باجرة المثل بلا يمين من المالك على نفي العارية ولا من الراكب على نفي الاجارة لكن ظني انه اشتباه من الحاكي عن عبارة اعضاد سقوط الدعوى بالبينة واليمين وعلى كل حال فلا ريب في ان القول الثاني اشبه باصول المذهب وقواعده التي قد عرفت ان منها اصالة عدم خروج مال المسلم من يده الا بعوض ولا فرق في التنازع بينهما بين ان يكون بعد مضي مدة الاجارة المدعاة او في اثنائها وان وجب في الثاني فك الاجرة من قسط المسمى واجرة المثل كما انه لا فرق فيه بين بقاء العين وتلفها لا انها ان كانت باقية ردها على المالك على نفي العارية ويكون النزاع في الاثناء نظرا الى انكار المستعير الاجارة واذن المالك على وجه التبرع قد انتفى بانكاره ومن اعتراف المالك بعدم استحقاقه انتزاعها الى ان تنقضي المدة التي يدعيها قال وهذا مما يؤيد القول بالحالف لان هذا نزاع آخر لم يتحرر بعين الملك كالنزاع في الزائد من المسمى وفيه انه على تقدير التحالف وبعده لم يبق للمنتزاع العين الا من باب المقاصة التي ينبغي مراعاة نسبة اجرة المثل منها مع المسمى الذي يدعيه على الراكب ضرورة عدم اقتضاء التحالف الانفساخ واقعا فلا ح انه اعاد عنده بعد انتفاء يمينه الراكب على كل تقدير واما الزائد من المسمى فقد عرفت اعضاء الحق فيه بل في الدعوى كلها ركها

بيان ترجيح القول الثاني

كما هو واضح وان كانت العين تالفة فحكم الاجرة ما ذكرنا اما العين فان كانت امانة كما لو كانت الاعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونة فلا شيء على الراكب لاتفاقهما على كونها في يده امانة اما بالاجارة او بالعارية وان كانت مضمونة ففي المسالك ان مدعي الاعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمته والمالك ينكره لعدم اقتضاء الاجارة الضمان فيتوقف الى ان يعترف به قلت الظاهر ان المقاصة بما اخذه من اجرة المثل والزائد يجب عليه التوصل الى ايصاله اليه باحد الطرق الممكنة هذا كله فيما لو كان الاختلاف بعد مضي المدة اجمع او البعض الذي يكون له اجرة مثل واما اذا كان عقيب العقد من غير مضي وقت انتفاع فلا خلاف ولا اشكال في ان القول قول الراكب في الاجارة لان المالك يدعي عقدا وهذا ينكره والفرض عدم دعوى المالك في استيفاء منفعة فليس ح الا دعواه ان له اجرة عليه والراكب ينكره والاصل براءة ذمته فيكون القول قوله كما هو واضح ولو انعكس الدعوى بان ادعى المالك الاعارة المضمونة والراكب الاجارة والفرض تلف العين فان انتفت الاجرة والقيمة فاخذها المالك بغير يمين وان زادت القيمة اخذها باليمين بناء على ما عرفته من الاصل المزبور وهذا غير دعوى الضمان في العارية بعد اتفاقهما عليها لان الاصل عدم الاشتراط هناك فيتحقق ح وجود من المالك ما لا يترتب عليه ضمان بخلافه في الفرض الذي بعد التحالف يبقى اصالة احترام مال المسلم ولو كان الاختلاف بينهما في المضمون خاصة بالذات كالذهب فادعاها المالك وادعى الآخر انه اجارة باجرة واضح ولو فرض عدم تلف العين انتزعها المالك باليمين وليس له عوض المنفعة شيء لاعترافه بالعارية وان وجب على الآخر ايصال الاجرة او القسط اليه باحد الطرق كما هو ظاهر والله العالم المسألة السابعة اذا استعار شيئا لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره مما لا تدل عليه اذن المعير ضمن العين لتعديه المقتضي لذلك فان كان له اجرة لزمته الاجرة مثله التي هي القيمة للمنفعة المفروض

المسألة السابعة

١٢ ادعى م

استيفاؤها بدون اذن المالك بل في المالك من غير توقف بين كون المنفعة
التي استوفاها المستعير من المأذون فيها او مساوية له او ازيد اذا كانت مخالفة
لها في الجنس ولو اتفقا في الجنس كانواع الزرع فقيد ما مرّ من الاشكال
فلذا قد عرفت فيما تقدم من المتن في الفصل الثالث التصريح بعدم جواز
الزرع في الارض المستعارة للغرس وان كان اقل ضررًا معاضا فًا
الى اطلاقاته في المقام وفي المزارعة التصريح بجواز زرع الاقل ضررًا
ولعله في الاجارة كذلك بل اولى وكان وجه الفرق بين العارية والاجارة
مثلا ان مقتضى تمليك مال المنفعة وهي انما تتشخص بما يقتضي تعيينها
كالركوب والتحميل ونحوهما الا مع الشرط فيخرج من حيث نحو الاشتراط
لا من حيث مال خصوص تلك المنفعة فلو استأجر دارًا مثلا لربط دابة
مخصوصة فماتت تلك الدابة لم تبطل الاجارة بل له ربط غيرها فيها مما
اقل ضررًا او مساويا فاذا ركب الدابة وسكن الدار نحو ذلك غير وزره اقتضاء
الملك ما ذكرناه مما لا خصوصية فيه الا مع الشرط فانه يكون حينئذ نحو
اشتراط المباشرة في الاجير المقتضية انفساخ العقد بفواتها اما العارية
فهي ليست الا اباحة لا توسع فيها بالنسبة الى ذلك نعم لو عمّ الاقتصار فيها
على شيء مخصوص بحيث لا ينقل منه الى غيره لم يجز له التعدي ولو الى الاقل
من الجنس فضلا عن غيره ولعله لذا اطلق المتن هنا فتدبر جيدًا والله العالم

المسئلة الثامنة

المسئلة الثامنة اذا جحد العارية بعد طلب المالك لها بطل استيمانه و
لزمه الضمان مع ثبوت الاعارة بل وبدون طلبه كما عرفت الكلام فيه
مفصلا في الوديعة فان المسئلة من واد واحد والله العالم

المسئلة التاسعة

المسئلة التاسعة اذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لان ذلك مقتضى
ائتمانه كما عرفته مفصلا في الوديعة وكذا في عدم التفريط والتعدي
واما لو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه لقاعدة البينة على
المدعي واليمين على من انكر والائتمان لا يقتضي تصديقه في الرد و
قبوله في الوديعة لا لذلك بل لانه قبض لمصلحة المالك بخلاف ما

هنا والا لا اقتضى في الوكيل بدون جعل ذلك فالعمدة ح ماذكرناه كما
اوضحناه في الوديعة والله العالم

المسئلة العاشرة في بيان حكم التفريط في العارية

المسئلة العاشرة لو فرط في العارية
او تعدى وتلفت كان عليه قيمتها عند التلف اذا لم يكن لها مثل والا كان
عليه مثلها وقيل اعلى القيم السوقية من حين التفريط الى وقت التلف
اخذًا له باشق الاحوال كالغاصب الذي فيه مع ذلك اقوال اخر ايضًا
ولكن لا ريب في ان الاول اشبه باصول المذهب وقواعده المقتضية
لانه وقت لاشتغال الذمة بالعوض الذي هو بدل العين ورد ذلك
قائم مقام ردها نعم لو كان التفاوت في القيمة لنقص في العين اتجه
الضمان ح كما هو واضح ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير
في نفي الزائد الموافق لاصل البراءة وقيل القول قول المالك اخذًا له
ايضًا باشق الاحوال وتحصيلا للبراءة اليقينية ولكن الاول اشبه
باصول المذهب وقواعده فانه لا دليل على اخذه باشق الاحوال
على وجه يشمل المقام والشغل بغيره ما اعترف به المستعير لم يثبت
كما هو واضح والله العالم المسئلة الحادية عشر اذا قال اعرتك حماري
مثلا لتعيرني فرسك ففي القواعد والتذكرة والايضاح وجامع
المقاصد كما عن بعضها ان الاقرب الجواز لكونه شرطا فيقبله عقدها
لا عوضًا فلا ينافي التبرع المعتبر فيها انما المنافي لها عرتك هذا بهذا
وفيه منع اذ ليس في الادلة ما يقتضي عدم التمن لجائز العوض او نحو
ذلك مما هو مختص بما ذكرها وانما المتيقن منها المانع من البر
المعاونة والاحسان ونحو ذلك مما ينافيه ذكر العوض ولو على طريق
الشرط نحو اعرتك كتابي لتصدق بعشرة دراهم مثلا بل الاقرب فيه
اشتراط استيمانه بعقد آخر كهبة وعارية ونحوهما بين استيمانه
في عقدها ضرورة منافاته للتبرع المجوز كما هو واضح وعلى كل حال
فعلى الصحة لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير لانه شرط
في عقد جائز كما لا يجب على احدهما اجرة نعم في الكتب الاربعة انه لو لم يعر

الثاني فالاقرب ان له الاجرة وفي الاول منها نظرا بان الاذن في الانتفاع لم يقطع بقيمة بل مع سلامة النفع فان لم يسلم كان له المطالبة بالعوض وفي الثالث منها بان كل شرط صح في عقد لم يثبت الفسخ بفواته فاذا صحت العارية اشترط فسخ العين بغير عوض فوجبت الاجرة بعد ان ذلك انه ثم فانما جوّز مما سيأتي اما ما سبق من الاستقاع قبل الفسخ فلا رد فيه الطالع والرابع منهما في ذلك حتى جعل التحقيق في ذلك ما حاصله ان عقد العارية في غاية الضعف ولذا يقول فيه على قرائن الاحوال كضروف الصداقة غرضه في غاية الضعف وهي الاباحة فتنتفي غرضه بادنى سبب وهو انتفاء الشرط لان انتفائه يسلط على الفسخ فاذا العقد اللازم القوي الذي غرضه التمليك مثلا واللزوم فان انتفاء الشرط فيه يسلط على فسخ اللزوم بخلاف عقد العارية المطلوب فيه مجرد الاباحة فلو الشرط فيه الاشتراط للاباحة فاذا انتفى انتفت وهو كما ترى مرجعه الى تعليق الاذن في المنفعة الخاصة على الشرط فيجب تحصيل وان انتفى انتفت فهو تعليق محض للجامع صحة العقد وخصوصا اذا كان المعلق عليه العارية في الزمان المتاخر مثلا فان استيفاء المنفعة الان قبل مجيء المعلق عليه بالاذن التي هي مقتضى صحة العقد فلا تتعقبه اجرة والا لم يصح الانتفاع ودعوى البقاء مراعى كما ترى وبذلك بان لك انه ليس شيء فضلا عن ان يكون تحقيقا فالمتجه على الصحة عدم استحقاق الاجرة وان لم يعد الثاني لعدم كونه مستحقا عليه بعقد لازم كما هو واضح نعم لو قال اعرتك الدابة لتعلفها او اعرتك الدابة بعشرة دراهم كان عارية فاسدة واستحق اجرة المثل لان المالك لم يبذل المنفعة مجانا والاشارة الى ذلك كون العارية من العقود التي لا تخفى بصحيحها للاجرة فيها لما عرفت ان هذه القاعدة تتبع الادلة كما عرفت على ان الظاهر ارادة غير هذه الجهة من الفساد كما قيل في الفساد بعقد المعاوضة اذا كان باشتراط عدم العوض مثل بعتك بلا ثمن واجرتك بلا اجرة بل تدقيق

تتمة الوجوه المذكورة

ان المراد منها ما يمكن انطباقه على المقام من ارادة خصوص الافراد والريب في الغرض ان العارية لو كانت صحيحة فيه لترتب العوض لكن كذلك على الفساد وان كان ذلك كما ترى وعلى كل حال فمالي القواعد من ان ذلك اجارة فاسدة لا عارية فاسدة خروج عن حقيقة اللفظ بلا قرينة فالمتجه ما قلناه والله العالم والموفق والمؤيد والمسدد والحمد لله رب العالمين اولا واخرا ظاهرا وباطنا

ويليه كتاب الاجارة ان شاء الله تعالى

تم كتاب العارية ويتلوه كتاب الاجارة ان شاء الله تعالى

علی اکبر
اراکی



